

DIE RÄUMUNGSVOLLSTRECKUNG GEGEN EHELEUTE

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Hans-Jörn Dreyer

aus Berlin

1965

Druck:

ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e.V.

DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE

1 Berlin 33, Garystr. 45

DIE RÄUMUNGSVOLLSTRECKUNG GEGEN EHELEUTE

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Hans-Jörn Dreyer

aus Berlin

1965



1. Referent: Prof. Dr. Dr. Wolfram Müller-Freienfels

Korreferent: Prof. Dr. Hans Stoll

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1965

Dekan: Prof. Dr. Erich Streißler

G l i e d e r u n g

	Seite
Einleitung	1
A. Der Gegenstand der Untersuchung	5
1) Die verschiedenen Sachlagen bei der Räumungsvollstreck- kung	5
2) Der bisherige Rechtszustand	8
a) Übersicht über die Ergebnisse der bisher vertretenen Ansichten	8
b) Die Begründungen der bisher vertretenen Meinungen	11
B. Die Untersuchung im Einzelnen	25
1) Die Besitzstellung der Ehefrau	25
a) Die tatsächliche Gewalt (corpus)	25
b) Der Besitzwille (animus)	27
c) Die Besitzberech- tigung	29
d) Einfluß der Gleich- berechtigung ?	32
e) Ergebnis	37
2) Die vollstreckungsrechtliche Gewahrsamslage	37
3) Die Bedeutung des ehelichen Mitgewahrsams in der Zwangs- vollstreckung	39
a) Kritik an dem Versuch, den ehelichen Mitge- wahrsam durch Auslegung des Gesetzes zu über- winden	41
b) Kritik an der Ansicht, die auf die Besitz- berechtigung abstellt	43

II

c) Kritik an dem Akzessorietätsgedanken	46
4) Die sonstigen Rechte aus dem Mitbesitz	48
a) Besitzschutz	48
b) Die Lehre vom räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe	49
c) Das "Hausrecht"	52
d) Die Rechtsprechung zu § 29 MSchG	53
e) Zwischenergebnis	54
5) Entspricht das Ergebnis dem Sinn der ZPO?	55
a) Parallele zur Mobiliarvollstreckung zwischen 1953 und 1958	58
aa) Duldungstitel	58
bb) Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs	60
cc) Vollstreckung ohne Beachtung des Mitgewahrsams	63
b) Die unterschiedliche Interessenlage bei der Mobiliar- und bei der Räumungsvollstreckung	66
c) Die Vorteile des Doppeltitels	70
6) Eheschließung während des Verfahrens	74
Zwischenergebnis	80
7) Die Gegenrechte der Ehefrau	81
a) Der Besitz als die Veräußerung hinderndes Recht in Mobiliarvollstreckung	84
b) Der Mitbesitz als ein die Veräußerung hinderndes Recht bei der Räumungsvollstreckung	88
Zusammenfassung - Ergebnis	94

Schrifttumsverzeichnis

- | | |
|-------------------------|--|
| Arnold | Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht, Kommentar zur Rechtssituation nach dem 1. April 1953, 1. Aufl., 1954 |
| Arnold | Die neue Rechtslage im Familienrecht, MDR 1953, 326 ff. |
| Baumbach/
Lauterbach | Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., 1965 |
| Baur | Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl., 1963 |
| Baur | Anmerkung zu einem Urteil des LG Tübingen, JZ 1965, 108 |
| Beitzke | Familienrecht, 12. Aufl., 1964 |
| Beitzke | Zur Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten bei Gütertrennung, ZZP 68, 241 ff. |
| Berg | Ehestörungsklage und Schadensersatzansprüche wegen Ehestörung, JuS 1961, 136 ff. |
| Berner | Neuregelung der Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, Rpfleger 1958, 201 ff. |
| Bettermann | Kommentar zum Mieterschutzgesetz, 1956 |
| BGB-RGRK | Kommentar von Reichsgerichtsräten, III. Band, 1. Teil Sachenrecht, §§ 854-1011, bearbeitet von Johannsen, Kregel und Pritsch, 11. Aufl. 1959 |
| Blomeyer | Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 1963 |
| von Blume | Anmerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts, JW 1922, 93 f. |
| Boehmer | Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht: Eheliches Güterrecht, MDR 1950, 450 ff. |

- Boehmer Schadensersatzansprüche wegen Verletzung oder Tötung der im Haushaltung oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten, FamRZ 1960, 173 ff.
- Boennecke Zur Problematik des § 739 ZPO und des § 1362 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes, NJW 1959, 1260 f.
- Bosch Die Situation im Ehe- und Familienrecht, Rpfleger 1954, 58 ff.
- Bosch Anmerkung zu einem Urteil des LG Bamberg, FamRZ 1957, 258
- Breetzke Zur Gleichberechtigung der Geschlechter bei der Zwangsvollstreckung gegen Eheleute, NJW 1953, 734 ff.
- Brühl Familie und Mietwohnung, FamRZ 1954, 210 ff.
- Brühl Anmerkung zu einem Urteil des LG Bamberg, FamRZ 1957, 258
- Bruns Zwangsvollstreckungsrecht, 1963
- Bufe Anmerkung zu einem Beschluß des OLG Hamburg, NJW 1952, 1061
- Dölle Familienrecht, Band I, 1964
- Enneccerus/
Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Bearbeitung, 1958
- Erle Die Besitzverhältnisse unter Ehegatten seit Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes, Kölner Dissertation 1960; Zitierweise: Erle, Die Besitzverhältnisse unter Ehegatten, Seite
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 3. Aufl., 1965
- Fellner/
Fischer Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1956
- Firsching Der gesetzliche Güterstand, NJW 1955, 1172 ff.

- Lent Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung, ZZP 70, 401 ff.
- Lent/Schwab Sachenrecht, Studienbuch, 10. Aufl., 1964
- Lupprian Die Zulässigkeit der Duldungsklage gegen den Ehemann bei Gütertrennung, ZZP 62, 332 ff.
- Manigk Das rechtswirksame Verhalten, 1939
- Maßfeller Die Stellung der Ehefrau im Rechtsverkehr seit dem 1. April 1953, Betrieb 1953, 289 f.
- Maßfeller Der Stand der Meinungen zur Gleichberechtigungsfrage, Betrieb 1953, 588 f.
- Maurach Deutsches Strafrecht, besonderer Teil, 4. Aufl., 1964
- Müller, Gerhard Besteht bei Gütertrennung gegen den Ehemann ein Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Frauengut? JW 1920, 695 f.
- Müller, Willi Auswirkungen des Getrenntlebens, JR 1963, 366 ff.
- Müller-Freienfels Anmerkung zu einem Urteil des BGH, JZ 1961, 580
- Mümmeler Anmerkung zu einem Beschluß des LG Nürnberg-Fürth, DGVZ 1963, 101
- Noack Vollstreckung gegen Eheleute, DGVZ 1956, 49 ff.
- Oertmann Anmerkung zu einem Beschluß des KG, JW 1927, 1221
- Palandt Kommentar zum BGB, 24. Aufl., 1965
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band, 1. Hälfte, 5. Aufl., 1938
- Pohle Zur Zwangsvollstreckung bei Allein- oder Mitgewahrsam des Ehegatten des Schuldners, Teil I MDR 1954, 705 ff. Teil II MDR 1955, 1 ff.

- Pohle Zur Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten bei Gütertrennung, ZZP 68, 260 ff.
- Pohle Anmerkung zu einem Urteil des BGH, JZ 1956, 122
- Quardt Anmerkung zu einem Beschluß des AG Hamburg, DGVZ 1956, 187
- Rheinspitz Anmerkung zu einem Beschluß des LG Mannheim, NJW 1962, 1402
- Reinicke Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung, VI. Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung leben, NJW 1953, 681 ff.
- Reinicke Anmerkung zu einem Beschluß des LG Ansbach, NJW 1955, 228
- Rosenberg Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., 1961
- Schmidt-Fut-
terer Genügt ein gegen den Mieter gerichteter Räumungstitel auch zur Zwangsvollstreckung gegen die übrigen Wohnungsbesitzer? MDR 1962, 700 ff.
- Schönke/
Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., 1965
- Schultz,
Bruno Die Besitzverhältnisse am eingebrachten Gut im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, MDR 1952, 153 f.
- Schultz,
Rudolf Anmerkung zu einem Beschluß des OLG Naumburg, JW 1925, 282
- Schumacher Darf der Gerichtsvollzieher aus einem gegen einen Mieterehemann ergangenen Räumungsurteil auch gegen dessen Ehefrau vollstrecken? DGVZ 1963, 150 ff.
- Sebode Vollstreckungsrechtliche Einzelfragen, DGVZ 1957, 130 ff.
- Soergel/
Siebert BGB, III. Band, Sachenrecht, 9. Aufl., 1960;
IV. Band, Familienrecht, 9. Aufl., 1963

- Staudinger Kommentar zum BGB, II, Schuld, verhältnisse, §§ 433-610, 11. Aufl., 1955; bearbeitet von: Kiefersauer, Ostler und Riedel; III, 1. Teil, Sachenrecht, §§ 854 - 1017, 11. Aufl., 1956; bearbeitet von: Berg, Ring und Seufert; IV, 1. Teil, Familienrecht, §§ 1297 - 1362, 11. Aufl., 1964; bearbeitet von: Dietz und Hübner
- Stein/Jonas/
Schönke/Pohle Zivilprozeßordnung, Kommentar, 18. Aufl., 1956
- Strohal Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1897
- Strohal Zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, IherJb 31, 1 ff.
- Thomas/Putzo Zivilprozeßordnung 1963
- Weber Die Zwangsvollstreckung in Mobilien nach dem Gleichberechtigungsgesetz, Rpfleger 1959, 179 f.
- Weimar Die Rückwirkung der Gleichberechtigung der Geschlechter auf Ehegatten als Mieter, ZMR 1953, 299 ff.
- Weimar Die Eigentumsverhältnisse bei den von Ehegatten angeschafften Sachen und bei Verlobungsgeschenken, MDR 1962, 525 f.
- Wolff Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, IherJb. 44, 143 ff.
- Wolff/Raiser Sachenrecht, 10. Bearbeitung, 1957
- Wurzer Bei Gütertrennung gibt die gestattete Benutzung eingebrachten Gutes dem Mann kein Besitzrecht, Recht 1922, 154

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bem.	Bemerkung
bes. Teil	besonderer Teil
Betrieb	Der Betrieb (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entsch. des BGH
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
GVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher- zeitung (Jahr und Seite)
d.h.	das heißt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
f.	folgende
ff.	folgende (mehrere Seiten)
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Jahr und Seite)
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
Gesch.anweisung	Geschäftsanweisung
h.M.	herrschende Meinung
HuW	Haus und Wohnung (Jahr und Seite)
IherJb	Iherings Jahrbücher (Jahr und Seite)
JMBlnRW	Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
Leits.	Leitsatz
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagewerk des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
l.Sp.	linke Spalte

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MRG	Gesetz der Militärregierungen
MSchG	Mieterschutzgesetz
NdsRpflge	Niedersächsische Rechtspflege
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
Randn.	Randnote
RGSt	Amtliche Sammlung der Entschei- dung des Reichsgerichts in Straf- sachen
RGZ	Amtliche Sammlung des Reichs- gerichts in Zivilsachen
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr und Seite)
r.Sp.	rechte Spalte
S.	Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzei- gen (Jahr und Seite)
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entschei- dungen oberster Gerichte
StGB	Strafgesetzbuch
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z.B.	zum Beispiel
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raum- recht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung.

Die Vielfalt der Möglichkeiten und die Verschiedenheit der Intensität der tatsächlichen Herrschaft eines Einzelnen über eine Sache läßt häufig keinen sicheren Schluß auf seine Besitzer- und Eigentümerstellung zu. Die Unsicherheit vergrößert sich, wenn eine Mehrzahl von Menschen auf engem Raum zusammenlebt. Vollends bringt die durch die Eingehung der Ehe begründete häusliche Lebensgemeinschaft und die damit verbundene Vermischung der Gütermassen eine kaum unterscheidbare Überlagerung der Besitz- und Eigentumsverhältnisse mit sich. Das gilt in gleicher Weise für das eingebrachte wie für das später hinzukommende Gut. Durch das Hin- und Hergeben, die gemeinsame Benutzung und den Austausch des Alten durch Neues verwirren oft Eheleute schon kurze Zeit nach ihrer Verheiratung ihre Eigentums- und Besitzverhältnisse. Von den kleineren und größeren Anschaffungen, für die der eine, der andere oder beide aufgekomen sein können, wissen sie häufig selbst nicht, wer Eigentümer der angeschafften Sachen ist. Bei den gemeinsamen Verlobungs- und Hochzeitsgeschenken ist die Eigentumslage ein juristisches Problem¹⁾.

Die eheliche Lebensgemeinschaft entwickelt sich in diesem Bereich ganz im Gegensatz zur Rechtsordnung, die als gesetzlichen Güterstand eine klar durchgeführte Gütertrennung vorsieht. Dennoch liegen diese Folgen durchaus im Rahmen des Gewollten und sind keineswegs als ein Mißstand oder Unglück zu bezeichnen; sie beruhen nicht zuletzt darauf, daß Eheleute im allgemeinen, jedenfalls im persönlichen Bereich des ehelichen Zusammenlebens nicht

1) Weimar, MDR 1962, 525 f.

rechtsgeschäftlich miteinander zu verkehren pflegen; "erfreulicherweise", wie Gernhuber¹⁾ mit Recht hinzufügt. Die Rechtsunsicherheit bleibt auch solange bedenkenlos, als Mann und Frau nicht gegeneinander prozessieren oder kein Dritter gegen die Eheleute einen Anspruch geltend macht.

Sucht aber ein Dritter einen Anspruch durchzusetzen, dann ist insbesondere der Gläubiger benachteiligt, der Rechte nur gegen einen der beiden Ehegatten hat. Ihm droht die Gefahr, an dem undurchdringlichen Dickicht der Eigentums- und Besitzverhältnisse zu scheitern. Für ihn ist die in § 1006 BGB ausgesprochene Vermutung, daß der Besitzer einer Sache als ihr Eigentümer zu gelten habe, wertlos. Häufig vermag er gar nicht festzustellen, wer die tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB innehat, zumal wenn Eheleute, wie es ebenfalls vorkommt, ihre Besitz- und Eigentumsverhältnisse absichtlich zu Ungunsten der Gläubiger verschleiern. Vor derselben Schwierigkeit steht der Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung hinsichtlich des vollstreckungsrechtlichen Alleingewahrsams seines Schuldners, der gemäß § 808 ZPO die Voraussetzung für die Pfändung beweglicher Sachen und gemäß den §§ 883, 885 ZPO die Voraussetzung für die Wegnahme beweglicher Sachen und die Räumung von Grundstücken und Grundstücksteilen (Wohnräumen) bildet.

Diesen Tatsachen hat der Gesetzgeber Rechnung getragen. Gemäß § 1362 BGB wird zugunsten der Gläubiger des Mannes und der Gläubiger der Frau vermutet, daß die im Besitz eines Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner gehören. Solange die Eheleute zusammenleben kann der Gläubiger zunächst einmal davon ausgehen, daß das gesamte Mobiliar mit Ausnahme der zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten

1) Lehrbuch, § 18 III, 5., S. 153.

bestimmten Sachen, § 1362 Abs. 2 BGB, seinem Schuldner gehört.

Darüber hinaus wird zugunsten des Gläubigers auch der vollstreckungsrechtliche notwendige Alleingewahrsam des schuldenden Ehegatten unwiderlegbar vermutet. § 739 ZPO bestimmt, daß für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer gilt, von dem zugunsten der Gläubiger eines Ehegatten gemäß § 1362 BGB vermutet wird, daß er der Eigentümer beweglicher Sachen sei. Wenngleich hierbei häufig von der Gewahrsamsfiktion des § 739 ZPO gesprochen wird¹⁾, handelt es sich genau betrachtet um eine unwiderlegbare Vermutung. Bei einer Fiktion wird der Richter angewiesen, einen Tatbestand so zu beurteilen, als ob ein anderer vorläge. Das trifft für § 739 ZPO nicht durchweg zu; es kann auch vorkommen, daß der vermutete Alleingewahrsam des schuldenden Ehegatten mit der Wirklichkeit übereinstimmt.

Das Vollstreckungsorgan braucht sich also bei der Pfändung beweglicher Sachen nicht mehr um den Allein- oder Mitgewahrsam des Ehegatten des Schuldners zu kümmern, sondern lediglich die Besitzvoraussetzungen im Sinne des § 854 BGB zu prüfen. § 739 ZPO schaltet den § 808 ZPO insoweit aus. Ist ein Ehegatte Besitzer der beweglichen Sache oder sind es beide; so hat der Gerichtsvollzieher zu pfänden, gleichgültig, welcher Ehegatte Schuldner ist. Die Pfändung ist rechtmäßig.

Der Geltungsbereich dieser die unübersichtlichen Eigentums- und Besitzverhältnisse unter Eheleuten überwindenden Regeln beschränkt sich auf bewegliche Sachen, denen Inhaberpapiere

1) Boennecke, NJW 1959, 1260 f.; Berner, Rpfleger 1958, 201 ff.

und blankoindossierte Orderpapiere gleichgestellt sind. Für Grundstücke gelten sie nicht, weil hierzu kein Bedürfnis besteht. Das Grundbuch gibt eindeutigen Aufschluß über die dinglichen Berechtigungen, der Besitz ist - jedenfalls für die Zwangsvollstreckung - nicht von Bedeutung. Auch für subjektive Rechte, insbesondere Forderungen, die sowieso nur in der Welt des Gedachten liegen, ist eine gläubigerschützende Vermutung gegenstandslos.

Bei oberflächlicher Betrachtung der eben geschilderten Dinge könnte der Eindruck entstehen, als seien die Schwierigkeiten, die sich aus der ehelichen Vermischung der Eigentums- und Besitzverhältnisse ergeben, damit im Grundsatz ausgeräumt, abgesehen von Auslegungs- und Spezialfragen, die immer auftreten werden. Hier klafft aber noch eine bedeutende Lücke¹⁾.

Außer beweglichen Sachen, Grundstücken und Rechten gibt es ein weiteres Objekt, das im Mittelpunkt des gemeinsamen gegenständlich-räumlichen Bereichs des ehelichen Lebens liegt: die gemeinsame Mietwohnung. Treten hierbei zwar keine Eigentumsfragen auf, so doch im Rahmen der Räumungsklage und -vollstreckung die Besitz- und Gewahrsamsfrage. Die Gewahrsamsregeln der §§ 808, 809 ZPO des Mobiliarpfändungsverfahrens haben ihr Gegenstück in den §§ 885, 886 ZPO für die Zwangsherausgabe von Räumen. Welchen Einfluß hier das eheliche Zusammenleben oder auch eine Trennung hat, welche Art von Titel erforderlich ist, sei es, daß beide Ehegatten oder nur einer die Wohnung

1) Wenn Erle, Die Besitzverhältnisse unter Ehegatten, S. 20 f., meint, die Untersuchung der Gewahrsamsverhältnisse sei von geringer praktischer Bedeutung, da § 739 ZPO die meisten und wichtigsten Fälle für die Durchführung der Zwangsvollstreckung geregelt habe, so übergeht er diese Lücke.

gemietet haben, und welche Abwehrmöglichkeiten dem Ehegatten aus diesem Zusammenhang gegenüber der angedrohten Räumungsvollstreckung zustehen, ist nicht gesetzlich geregelt und Gegenstand lebhaften juristischen Streits¹⁾. Eine Klärung dieser Fragen unter Darstellung der bisher vertretenen Meinungen herbeizuführen ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

A. Der Gegenstand der Untersuchung.

1) Die verschiedenen Sachlagen bei der Räumungsvollstreckung.

Betreibt der Vermieter die Zwangsvollstreckung aus einem Räumungsurteil, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitz der Räume zu setzen (§ 885 ZPO). Dabei schafft er auch die Einrichtungsgegenstände fort und übergibt sie dem Schuldner, einem Familienangehörigen oder einer Dienstperson. Der Gläubiger ist in den Besitz einzuweisen. Wer herausgabepflichtiger Schuldner der Mietsache ist, ergibt sich regelmäßig aus dem Räumungsurteil (§ 750 ZPO).

Nicht vollstreckt werden darf, wenn sich die herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten befindet, der nicht zur Herausgabe bereit ist (§ 886 ZPO). Das Vollstreckungshindernis greift wie bei § 809 ZPO schon dann ein, wenn ein Dritter gleichberechtigten Mitgewahrsam hat. Infolgedessen können aus einem Räumungsurteil gegen einen Mieter grundsätzlich nicht auch andere mit ihm in Wohn-

1) Vgl. beispielsweise Schmidt-Futterer, MDR 1962, 700 ff., OLG Hamm, NJW 1956, 1681 = FamRZ 1957, 53 auf der einen, Rheinspitz, NJW 1962, 1402, OLG Hamburg, MDR 1960, 769 = FamRZ 1963, 650 (nur Leits.) auf der anderen Seite.

gemeinschaft lebende Personen, sofern sie Mitgewahrsamsträger und Mitbesitzer sind¹⁾, des Besitzes entsetzt werden. Das gilt beispielsweise für Mitmieter²⁾, Untermieter³⁾ und auch für volljährige verheiratete Kinder, die in der Wohnung eine getrennte eigene Wirtschaft führen⁴⁾. Welche Stellung die Ehefrau in diesem Zusammenhang einnimmt, ist die zu erörternde Frage.

Die verschiedenen Sachlagen sind in großen Umrissen folgende:

- a) beide Ehegatten sind Vertragspartner des schriftlichen oder mündlichen Mietvertrages.
- b) nur ein Ehegatte ist Partei des Mietvertrages und der andere benutzt die Ehewohnung im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft mit⁵⁾. Das kann so

-
- 1) Nicht dazu gehören Dienstboten und minderjährige Kinder, die nur als Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB anzusehen sind, oder etwa ein kurzfristiger Schlafbesuch, der keinen Besitz an der Wohnung hat.
 - 2) Baumbach/Lauterbach, § 808, Bem. 3) A.
 - 3) Schumacher, DGVZ 1963, 150 (152 oben); Rosenberg, § 207, II, 2; OLG Schleswig, SchlHA 1949, 370 = Rpfleger 1950, 232; OLG Kiel, Rpfleger 1950, 232; LG Hannover, FamRZ 1955, 362 = DGVZ 1955, 137; LG Berlin, WM 1961, 137; AG Hamburg, DGVZ 1958, 78.
 - 4) LG Braunschweig, DGVZ 1952, 124; OLG Schleswig a.a.O.
 - 5) Auf die Frage, wann das eine oder andere der Fall ist und ob es darüber hinaus eine Zwischenstufe - Mitunterzeichnung ohne Rechtserwerb - gibt, wird an späterer Stelle (S. 89ff.) eingegangen werden.

liegen, daß der Vermieter von vorn-
herein auf die Unterschrift der Ehe-
frau¹⁾ verzichtet oder sie abgelehnt
hat (häufig bei Dienstwohnungen) oder
nicht wußte, daß der Mieter verheira-
tet war. Es kann auch sein, daß der
Mieter erst später geheiratet und
seinen Ehegatten dann in die Wohnung
aufgenommen hat.

Diese Sachlagen werfen folgende Fragen auf:

- 1) Ist für den Fall a) wie für den Fall
b) zur Räumungsvollstreckung ein Titel
gegen beide Eheleute erforderlich oder
genügt im Fall a) ein Titel gegen den
Ehemann und im Fall b) ein Titel gegen
den Ehegatten, der Partei des Mietver-
trages ist?
- 2) Ist es insbesondere für den Fall b)
überhaupt zulässig oder gar wegen feh-
lenden Rechtsschutzbedürfnisses unzu-
lässig, auch gegen den anderen Ehegat-
ten auf Herausgabe und Räumung zu kla-
gen?
- 3) Welchen Einfluß hat es auf die Räumungs-
vollstreckung, wenn die Ehegatten im
Fall b) zur Zeit der Erhebung der Klage
oder bei der Durchführung der Vollstrek-

1) Der typischen Fallgestaltung entsprechend soll
im folgenden immer die Ehefrau diejenige sein,
deren Rechte in Frage stehen. Das Gesagte gilt
aber entsprechend auch für den Ehemann.

kung in friedlicher oder feindlicher
Gesinnung getrennt leben?

- 4) Falls man einen Doppeltitel für erforderlich hält:

Wie kann der räumungswillige "andere"
Ehegatte den Prozeß, insbesondere die
Kostenlast vermeiden?

Welche Gegenrechte hat der nicht verur-
teilte räumungsunwillige Ehegatte, wenn
die Vollstreckung droht¹⁾?

2) Der bisherige Rechtszustand

- a) Übersicht über die Ergeb-
nisse der bisher vertrete-
nen Ansichten.

Die vielfältigen bisher zu den obigen Fra-
gen abgegebenen Lösungsvorschläge - wenn man zunächst
einmal nur vom Ergebnis ausgeht - vermitteln einen
Eindruck, wie weit die Meinungen auseinandergehen
und wie dringend diese Problematik einer eingehenden
Behandlung bedarf.

Für den Fall, daß beide Ehegatten den Miet-
vertrag abgeschlossen haben, wird überwiegend an-
genommen, daß ein Räumungstitel gegen beide Eheleu-
te erforderlich sei²⁾. Es gibt aber auch - zumeist
ältere - Entscheidungen, die einen Titel gegen den
Ehemann allein für ausreichend erachten³⁾.

-
- 1) Es ist überflüssig zu sagen "gegen ihn", da die
Räumungsvollstreckung gegen einen Ehegatten sich
zwangsläufig auch gegen den anderen auswirkt;
vgl. OLG Köln, NJW 1954, 1895 = FamRZ 1955, 46.
2) Vgl. etwa OLG Köln, NJW 1954, 1895 = FamRZ 1955, 46.
3) OLG Hamburg, NJW 1952, 550 = DGVZ 52, 95. Das
OLG Köln hat sogar in einem Fall, in dem der
Mietvertrag nur von der Frau unterzeichnet wor-
den war, einen Titel gegen den Mann aus einem
Räumungsvergleich für die Vollstreckung gegenüber
der Frau für genügend angesehen, NJW 1958, 598.

Für den Fall, daß nur ein Ehegatte (zumeist der Ehemann) als Partei des Mietvertrages festgestellt werden kann, wird teilweise angenommen, daß ein Titel gegen den Ehemann zur Vollstreckung auch gegenüber der Ehefrau legitimiere¹⁾. Die etwas weniger vertretene Gegenmeinung verlangt auch für diesen Fall einen Doppeltitel gegen beide Ehegatten²⁾. Eine weitere Zersplitterung ist insoweit festzustellen, als ein Teil der Praxis die Ansicht vertritt, ein Antrag, auch die Ehefrau zur Räumung und Herausgabe zu verurteilen, sei immerhin zulässig³⁾. Andere Gerichte halten ihn schlechthin für unzulässig und weisen ihn wegen Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses ab⁴⁾.

Für den Fall, daß der Ehemann, der die Wohnung allein gemietet hat, von der Frau getrennt lebt, wird angenommen, daß für die Räumungsvollstreckung gegenüber der nunmehr allein in der Wohnung zurückgebliebenen Ehefrau ein Titel gegen sie notwendig sei⁵⁾. Ist der Ehemann erst während des Räumungsrechtsstreits ausgezogen, so soll nach einer Ansicht der Titel gegen den Mann für die Vollstreckung gegen die Frau ausreichen⁶⁾,

-
- 1) Vgl. etwa OLG Hamm, NJW 1956, 1681 = FamRZ 1957 53 = Rpfleger 1956, 345 = JMB1NRW 1956, 112 und zuletzt LG Tübingen, NJW 1964, 2021 = FamRZ 1964, 633 = JZ 1965, 107 mit einer Anmerkung von Baur. Aus dem neueren Schrifttum: Noack, DGVZ 1956, 49 ff.; Schmidt-Futterer, MDR 1962, 700 ff.
 - 2) Vgl. etwa OLG Hamburg, MDR 1960, 769 = FamRZ 1963, 650 (nur Leitsatz). Aus dem neueren Schrifttum: Schumacher, DGVZ 1963, 150 ff.; Rheinspitz in seiner Anmerkung zu einem Beschluß des LG Mannheim, NJW 1962, 1402.
 - 3) LG Mainz, NJW 1953, 1107; LG Siegen, FamRZ 1956, 110 = MDR 1956, 167.
 - 4) LG Tübingen, a.a.O., S. 9, Fußnote 1).
 - 5) So schon das AG Berlin-Neukölln im Jahre 1951, DGVZ 1951, 58; ferner OLG Düsseldorf, MDR 1960, 234 = ZZP 73, 294.
 - 6) Jedenfalls, wenn der Auszug in erkennbarem Zusammenhang mit der Räumungsvollstreckung geschieht, OLG Düsseldorf, ZMR 1957, 144; vgl. ferner OLG Düsseldorf, a.a.O., Fußnote 5).

während nach anderer Ansicht der Titel gegen die Frau nach den §§ 727, 325 ZPO umgeschrieben werden kann¹⁾. Schließlich soll auch die vor der Räumungsvollstreckung rechtskräftig gewordene Ehescheidung einem Räumungstitel gegen den Mann die Vollstreckungskraft gegenüber der Frau nehmen²⁾.

In der Rechtsprechung, die einen Titel gegen den Ehemann für die Vollstreckung gegenüber der Ehefrau nicht für ausreichend hält, bestehen wiederum unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Abwehrmöglichkeiten der Ehefrau. Nach der einen Ansicht soll ihr nur die Drittwiderspruchsklage zustehen³⁾. Nach anderer Meinung soll die Interventionsklage nur zulässig sein, wenn die Voraussetzungen der Erinnerung nicht ohne weiteres feststellbar seien⁴⁾. Schließlich finden sich auch Entscheidungen, nach denen die Ehefrau bei Fehlen eines gegen sie gerichteten Titels sowohl die Erinnerung geltend machen als auch nach § 771 ZPO im Wege der Klage vorgehen kann, sofern ihr Mitbesitz eindeutig ist⁵⁾.

Die Vielfalt dieser Ansichten zeigt, welche Rechtsunsicherheit auf dem Gebiet der Räumungsvollstreckung gegen Eheleute besteht. Die unterinstanzlichen und häufig versteckt abgedruckten Entscheidungen lassen vermuten, daß das ganze Ausmaß der Rechtszersplitterung nicht allseits bekannt ist und auch nicht immer Berück-

1) LG Mannheim, NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = DGVZ 63, 104 = Die Justiz 1963, 93.

2) LG Berlin HuW 1952, 186.

3) OLG Hamburg, NJW 1952, 550 = DGVZ 1952, 95; OLG Köln, NJW 1954, 1895 = FamRZ 1955, 46.

4) OLG Hamm, NJW 1956, 1681 = FamRZ 1957, 53 = Rpfleger 1956, 345 = JMBlnRW 1956, 112.

5) LG Braunschweig, FamRZ 1954, 258 = NdsRpfleger 1954, 183.

sichtigung findet. Es sei in diesem Zusammenhang abschließend noch bemerkt, daß sogar verschiedene Kammern des gleichen Gerichts zu diesen Fragen entgegengesetzte Entscheidungen erlassen haben¹⁾.

b) Die Begründungen der bisher vertretenen Meinungen.

Die Problematik des ehelichen Mitgewahr-sams für die Zwangsvollstreckung bestand zwar auch schon früher²⁾; sie ist jedoch erst nach dem Kriege zu unerwarteter Bedeutung gelangt; deshalb soll nur die Nachkriegsentwicklung betrachtet werden. Da es sich um einen überschaubaren Zeitraum handelt, in dem gewisse historische Daten von großem Einfluß gewesen sind, veranschaulicht eine chronologisch geordnete Darstellung die Entwicklung am besten.

Die Nachkriegsrechtsprechung beginnt etwa mit einer Entscheidung des OLG Schleswig³⁾ vom 23. August 1949, in der es zwar nicht unmittelbar um die Räumungsvollstreckung gegen eine Ehefrau auf Grund eines Titels gegen den Ehemann, sondern um die Entsetzung zweier erwachsener Söhne ging. Inzidenter wurde hierbei ausgesprochen, daß sich eine Räumungsvollstreckung auch auf diejenigen Personen zu erstrecken habe, die kraft Gesetzes den Wohnort und die Wohnung des Schuldners teilten, wie etwa die Ehefrau und die minderjährigen Kinder (§§ 1354 Abs. 1 Satz 2, 11 Abs. 1, 1631

-
- 1) So die 11. Kammer des LG Hannover in FamRZ 1954, 107, einerseits und 10. Kammer des gleichen Gerichts in FamRZ 1955, 362, andererseits, ohne daß die spätere Entscheidung die frühere erwähnt.
 - 2) Wegen des damals noch anders gearteten gesetzlichen Güterstandes traten die Fragen bei vereinbarter Gütertrennung auf; vgl. etwa Gerhard Müller, JW 1920, 695; Lupprian, ZZP 62, 332 ff.
 - 3) SchlHA 1949, 370 = Rpfleger 1950, 232 = DRiZ 1951, 47 (nur Leitsatz).

Abs. 1 a. F. BGB). Das sei nicht zu bezweifeln und hätte in den genannten Gesetzesvorschriften eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Diese und auch spätere Entscheidungen¹⁾ lassen erkennen, daß der Frau kein eigener Besitz an der Wohnung zugebilligt wurde, sie vielmehr - wie früher²⁾ - lediglich die Stellung einer Besitzdienerin³⁾ einnehmen sollte. Das hatte dann die gewünschte Folge, daß sie sich auf keinen eigenen, die Vollstreckung hindernden Mitgewahrsam im Sinne des § 886 ZPO stützen konnte.

Die gesetzliche Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft (§§ 1353, 1354 a.F. BGB) und der kraft Gesetzes geteilte Wohnsitz (§ 10 a.F. BGB) sind auch für das LG Berlin in seinem Beschluß vom 5. April 1952⁴⁾ das Kriterium dafür, daß ein Titel gegen den Mann für die Räumungsvollstreckung gegenüber beiden Eheleuten ausreiche. Die Voraussetzungen würden allerdings bei einer in der Zwischenzeit rechtskräftig gewordenen Ehescheidung wegfallen und die mit dieser Begründung erhobene Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung wäre erfolgreich.

Dann aber war das Datum des 1. April 1953, an dem alles der Gleichberechtigung widersprechen-

1) OLG Hamburg, NJW 1952, 550 = DGVZ 1952, 95; NJW 1954, 1668 = FamRZ 1954, 258 = MDR 1954, 742 = DGVZ 1955, 25; LG Ellwangen, NJW 1953, 1227; LG Hamburg, FamRZ 1956, 228 (Leitsatz) = DGVZ 1956, 60.

2) Wolff, IherJb. 44, 143 ff. (1902), insbesondere Fußnote 13, Seite 149, schon damals, um die vollstreckungsrechtlichen Schwierigkeiten der Gegenansicht zu umgehen. Eine gute Übersicht über die Besitzfragen unter Eheleuten für die frühere Zeit bei Westermann, Sachenrecht, in der 1. Aufl. von 1951, § 20 I.

3) Deutlich spricht das AG Berlin-Neukölln, DGVZ 1951, 58, aus, daß bei einer seit Jahren bestehenden Trennung der Eheleute der Mann den Gewahrsam aufgegeben habe und die Frau nicht mehr als Besitzdienerin des Mannes zu behandeln sei.

4) Mitgeteilt von Classen in HuW 1952, 186.

de Recht außer Kraft trat, überschritten. Art. 3 Abs. 2 GG begann sich mehr und mehr auch auf die Frage des vollstreckungsrechtlichen Mitgewahrsams bei Eheleuten auszuwirken.

Schon am 24. April 1953 entschied das LG Stuttgart¹⁾, daß die Auffassung, der Ehefrau komme kein Mitbesitz an der Ehewohnung zu, nicht mehr gebilligt werden könne. Möge früher die Vermutung wegen des § 1373 BGB gegen den Mitbesitz der Frau gesprochen haben, so sei jetzt zufolge des Art. 3 Abs. 2 GG jedenfalls dann die gegenteilige Vermutung gerechtfertigt, wenn die Frau ebenfalls Partei des Mietvertrages sei. Daß die Frau mindestens neben dem Ehemann Gewalt an der Ehewohnung im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB habe, lasse sich nicht bezweifeln, und es könne sich nur fragen, ob sie diese nicht für den Mann ausübe (§ 855 BGB). Heute jedenfalls habe sie den Willen zum eigenen Besitz oder Mitbesitz, und dieser werde ihr auch vom Ehemann überlassen. Ob dieses Verhältnis zwischen den Ehegatten schon früher bestanden habe oder erst neuerdings geschaffen worden sei, bleibe sich ebenso gleich wie die Frage, aus welchen Gründen eine etwaige spätere Änderung der Besitzverhältnisse vorgenommen worden sei. Ein Vollstreckungstitel gegen den Mann berechnete den Gerichtsvollzieher jedenfalls nicht, in den Besitz oder Mitbesitz der Frau zu vollstrecken.

Die Einführung der Gleichberechtigung von Mann und Frau hat die Problematik der Besitz- und Gewahrsamsverhältnisse wegen der größeren Häufigkeit in viel weiterem Umfang für die Mobiliarzwangsvollstreckung zu neuer, "unerwarteter Bedeutung"²⁾ gebracht. § 739 a.F. ZPO war ersatz-

1) NJW 1953, 989.

2) Pohle, ZZP 68, 260.

los weggefallen, und der Güterstand der Gütertrennung wurde allgemein als der nunmehr allein geltende gesetzliche Güterstand angesehen. Der für das Mobiliar schon alte Streit über die Besitzverhältnisse an Sachen, die Eheleute gemeinsam benutzen, war über seine häufig theoretische Natur hinaus nunmehr höchst aktuell geworden. Zwar sind die Probleme aus dem ehelichen Mitgewahrsam für die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen durch die Neufassung des § 739 ZPO weitgehend gelöst worden; die hierzu in der "gesetzlosen" Zeit geführten Diskussionen sind jedoch wegen der Ähnlichkeit der Schwierigkeiten - häufig wurden die Mobiliar- und die Räumungsvollstreckung gemeinsam erörtert -, aber auch wegen der noch zu erörternden Unterschiede für das bis heute ungelöste Problem der Räumungsvollstreckung von großem Interesse, so daß mehrfach auf sie einzugehen sein wird.

Reinicke¹⁾, Breetzke²⁾, Knopp³⁾ und Arnold⁴⁾ gehören zu den ersten, die sich mit der neu aufgeworfenen Gewahrsamsfrage und ihren Folgerungen für die Zwangsvollstreckung beschäftigen.

Reinicke nimmt an, daß Eheleute an gemeinsam benutzten Sachen Mitbesitz bzw. Mitgewahrsam hätten und setzt ferner an die Spitze seiner Untersuchung, daß der Mitgewahrsam eines Dritten gemäß den §§ 806, 809 ZPO der Vollstreckung entgegenstehe. Dennoch glaubt er, auch ohne den Mitgewahrsam der Ehefrau leugnen zu müssen, auf einen Titel gegen sie verzichten zu können.

1) NJW 1953, 681 ff., insbes. unter VI, S. 684/685.

2) NJW 1953, 734 ff.

3) NJW 1953, 1210 f.

4) MDR 1953, 329 und in seinem Kommentar, § 739 ZPO, S. 124.

Sein Vorschlag, der auch den außerordentlich umständlichen Weg der Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs vermeidet, führt schließlich zu der Feststellung: der Mitgewahrsam der Ehefrau sei unbeachtlich¹⁾. Nur so könne man bei der Zwangsvollstreckung gegen Eheleute zu "vernünftigen" Ergebnissen kommen.

Die Begründung dieses Ergebnisses erscheint allerdings darauf aufgebaut, daß nicht sein darf, was nicht sein soll. Der Mitgewahrsam eines Ehegatten an den Sachen des anderen ergebe sich aus der Gemeinschaft, in der die Ehegatten lebten, und diese Gemeinschaft dürfe nicht zur Folge haben, daß der Gläubiger eines Ehegatten die Sachen seines Schuldners nicht pfänden könne. Deshalb stehe dem Ehegatten, der nicht Schuldner sei, wegen seines Mitgewahrsams weder die Erinnerung noch die Interventionsklage zu.

Knopp und Arnold (a.a.O.) versuchten den Schwierigkeiten bei der Mobiliarpfändung durch einen analog § 739 a.F. ZPO zu erlassenden Duldungstitel zu begegnen.

Breetzke (a.a.O.) ist - auf dem Gebiet der Räumungsvollstreckung - am konsequentesten. Er hält den nunmehr allein vertretbaren Mitgewahrsam der Ehefrau an der gemeinsam benutzten Wohnung vollstreckungsrechtlich nur durch einen Doppeltitel für überwindbar, sofern die Ehefrau der Vollstreckung widerspreche. Das gelte auch dann, wenn nur der Ehemann Mietvertragspartei sei. Für vor dem 1. April 1953 rechtshängig gewordene Prozesse könne der Kläger und Vermieter die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nach

1) So später auch Pohle, MDR 1954, 705 ff.; MDR 1955, 1 ff.; ZZP 68, 260 ff. und Beitzke, ZZP 68, 241 ff.

den §§ 727, 325 ZPO gegen die Frau erreichen, da der Mietraum im Mietaufhebungs- und Herausgaberechtsstreit streitbefangene Sache im Sinne des § 325 ZPO sei. Die Ehefrau habe ab dem 1. 4. 1953 Besitz erlangt, den ihr der Mann auf Grund des ehelichen Verhältnisses gemäß § 868 BGB vermittele.

Gegen eine Veränderung der Gewahrsamsverhältnisse durch den Gleichbegründungsgrundsatz sprach sich das LG Ellwangen¹⁾ aus, nachdem das LG Mainz²⁾ zuvor erklärt hatte, es sei jedenfalls nicht unzulässig, bei einer Räumungsklage auch den außerhalb des Mietverhältnisses stehenden Ehegatten mitzuverklagen, selbst wenn er erklärt habe, sich einer etwaigen Verurteilung des anderen Ehegatten zur Räumung nicht widersetzen zu wollen.

Das LG Ellwangen hingegen erklärte gegenüber einer sich auf Breetzke berufenden Ehefrau, soweit sich durch die Gleichberechtigung die Gewahrsamsverhältnisse unter Eheleuten geändert haben sollten, sei das ein rein das innere Verhältnis der Ehegatten zueinander berührender familienrechtlicher Vorgang. Hätten bisher schon erwachsene Familienangehörige, die lediglich auf Grund des zum Alleinmieter der Wohnung bestehenden familienrechtlichen Verhältnisses an der Ehewohnung teilgehabt hätten, keinen besonderen Titel gegen sich beanspruchen können, so sei es "wirklich nicht einzusehen", warum das nun bezüglich der aus der männlichen Bestimmungsgewalt entlassenen Ehefrau

1) NJW 1953, 1227.

2) NJW 1953, 1107.

anders sein müßte.

Die Zersplitterung der Rechtsprechung steigerte sich im Jahre 1954. Während des OLG Hamburg¹⁾ den Mitbesitz der Ehefrau an der gemeinschaftlichen Wohnung weiterhin leugnete, weil die Gleichberechtigung die unabdingbaren sachenrechtlichen Vorschriften des BGB nicht geändert haben könne, so daß irgendeine unmittelbare Einwirkung auf die dingliche Rechtslage hinsichtlich der Vermögensgegenstände beider Ehegatten nicht eingetreten sei²⁾, hielt das LG Braunschweig³⁾ die auf den Mitbesitz der Ehefrau gestützte Erinnerung für arglistig. Dieser die Ausweglosigkeit kennzeichnende Gedanke war neu. In der Begründung wurde darauf abgestellt, von wem die Ehefrau ihr Besitzrecht ableite. Da sie es in der Regel, wenn sie nicht Mitmieterin sei, lediglich von ihrem Ehemann, der die Wohnung für sich und die zum gemeinsamen Hausstand gehörenden Personen gemietet habe, ableite, müsse sie sich mit Rücksicht auf ihre Familienzugehörigkeit einem Titel gegen den Mann fügen, wenn sie sich nicht dem Vorwurf der Arglist aussetzen wolle.

Für den Fall, daß beide Eheleute die Wohnung gemietet hatten, setzte sich die Ansicht, daß ein Titel gegen einen Ehegatten zur Räumung nicht genüge, mehr und mehr durch. Das OLG Köln⁴⁾ gab in einem solchen Fall der Ehefrau die Drittwiderspruchs-

1) NJW 1954, 1688 = FamRZ 1954, 258 - MDR 1954, 742 = DGVZ 1955, 25; ebenso AG Delmenhorst, FamRZ 1955, 189 = MDR 1955, 229 = DGVZ 1955, 60.

2) Anders soll es nach dem Leitsatz 1. der Entscheidung sein, wenn der Ehefrau an der Wohnung "äußerlich erkennbar" Mitbesitz eingeräumt worden sei.

3) FamRZ 1954, 258 = NdsRpfl. 1954. 183.

4) NJW 1954, 1895 = FamRZ 1955, 46.

klage, weil sie durch den Mietvertrag Besitz erlangt habe, ihn also von dem Gläubiger der Zwangsvollstreckung ableite.

Für die Fälle des Einparteienvertrages blieben die Meinungen indes geteilt. Während die 11. Kammer des LG Hannover¹⁾ einen gegen den Ehemann gerichteten Titel genügen ließ, verlangte die 10. Kammer desselben Gerichts²⁾ einen Doppeltitel, indem es auf den gemäß § 886 ZPO hindernden Mitbesitz der Ehefrau abstellte, der sich allein aus der Gleichberechtigung ergebe, ohne daß es darauf ankäme, ob die Ehefrau ein eigenes Besitz *r e c h t* habe.

In der Tat hatte auch der BGH³⁾ in der Zwischenzeit für den Fall, daß eine Frau als Eigentümerin eines Grundstücks den mit ihr in Gütertrennung lebenden Mann bei ungestörter Ehe in die von ihr benutzte Wohnung aufnahm, entschieden, daß es der Lebenserfahrung widerspreche, den Mann in die Stellung eines bloßen Besitzdieners herabzudrücken. Auch wenn keine besondere Vereinbarung vorliege, sei mit Rücksicht auf die gegenseitige Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft

1) FamRZ 1954, 107 = DGVZ 1954, 105.

2) FamRZ 1955, 362 = DGVZ 1955, 136.

3) BGHZ 12, 380 ff. = NJW 1954, 918 = FamRZ 1954, 198 = LM Nr. 1 zu Art. III MRG. 52
Das Grundstück fiel unter das Gesetz Nr. 52 der Alliierten betreffend die Rückerstattung zwangsweise entzogenen jüdischen Vermögens. Kläger war der eingesetzte Treuhänder, der auf Räumung klagte, weil die beklagten Eheleute die verlangte Nutzungsentschädigung nicht zahlten.

(1353 BGB) der stillschweigende Abschluß eines Gebrauchsüberlassungsvertrages hinsichtlich der Wohnung nach Art der Leihe (§ 598 BGB) anzunehmen. Deshalb sei für den auf Räumung klagenden Gläubiger ein Rechtsschutzbedürfnis, auch ein Titel gegen den Ehemann zu erwirken, gegeben.

Ungeachtet dessen blieb die Rechtsprechung dabei, daß ein Räumungstitel gegen den Mann auch zur Vollstreckung gegenüber der Frau genüge, sei es, daß ein selbständiger Mitbesitz der Ehefrau an der Wohnung weiterhin geleugnet wurde¹⁾, oder sei es, daß der Mitbesitz im Vollstreckungsverfahren nicht zum Widerspruch berechtigte²⁾.

Die letztere Gruppe ist unverkennbar von dem Bestreben geleitet, daß die Zwangsvollstreckung durch den Gleichberechtigungsgrundsatz nicht erschwert werden dürfe, weil es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könne, den Vollstreckungsgläubiger dieserhalb ungünstiger zu stellen. Umgekehrt habe der Gesetzgeber beim Erlaß der Vollstreckungsvorschriften die infolge der Einführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes eingetretene Änderung in der Auffassung von Mitbesitz der Ehegatten nicht berücksichtigen

1) LG Hamburg, FamRZ 1956, 228 (Leitsatz) = DGVZ 1956, 60; OLG Köln, NJW 1958, 598; OLG Stuttgart, ZMR 1959, 51; ebenso Pohle MDR 1955, 5 ff.

2) OLG Hamm, NJW 1956, 1681 = FamRZ 1957, 53 = Rpfleger 1956, 345 = JMBLNRW 1956, 112; OLG Düsseldorf, ZMR 1957, 144; später LG Mannheim NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = Die Justiz 1963, 93 = DGVZ 1963, 104 = WM 1962, 111; LG Mannheim, Die Justiz 1964, 62.

können. Zur Erreichung der angestrebten Praktikabilität werden an der Qualität des Mitbesitzes der Ehefrau an der Wohnung, soweit man ihn bejahte, unverkennbar die notwendigen Abstriche gemacht. Das OLG Hamm (a.a.O.) sagte offen, man könne "somit etwa von einem abgeschwächten Mitbesitz" sprechen, der jedenfalls nicht die Kraft eines die Veräußerung hindernden Rechtes im Sinne des § 771 ZPO haben könne.

Der Begriff des "lediglich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft fließenden Mitbesitzes" war entstanden. Er sei kein Vollstreckungshindernis, weil er ende, wenn das zugrundeliegende vermittelnde Rechtsgeschäft (der Mietvertrag zwischen dem Ehemann und dem Vermieter) weg falle.

Es wurde immer deutlicher, daß diese Rechtsprechung starke Impulse aus den zu der Mobiliarzwangsvollstreckung gemachten Vorschlägen erhielt. Der Ausweglosigkeit des damaligen Zustandes Rechnung tragend hatte sich hier die schon oben¹⁾ ange deutete Richtung durchgesetzt, die den § 809 ZPO für Eheleute ausschaltete²⁾.

Der Vorschlag für den Gläubiger, sich einen Herausgabeanspruch seines Schuldners gegen dessen mitbesitzenden Ehegatten pfänden und überweisen

1) S. 15 ff.

2) Anders noch das AG Hamburg in DGVZ 1956, 187 mit einer Anmerkung von Quardt, das KG, DGVZ 1953, 185 und ihm folgend das LG Berlin, DGVZ 1956, 186, die sämtlich die Erinnerung aus dem bloßen Mitgewahrsam für begründet hielten. In NJW 1957, 1768 = FamRZ 1957, 431 = Rpfleger 1957, 415 = DGVZ 1957, 173 gab das KG seine frühere Rechtsprechung auf.

zu lassen¹⁾, wurde durchweg für zu umständlich und unpraktikabel gehalten. Für einen aus § 739 a.F. ZPO abzuleitenden Duldungstitel²⁾ fehlte es an der rechtlichen Grundlage. § 739 a.F. ZPO paßte für den nunmehr geltenden gesetzlichen Güterstand der reinen Gütertrennung nicht. So kam man auch hier mehr und mehr zu dem Ergebnis, daß der allein auf der ehelichen Lebensgemeinschaft beruhende Mitgewahrsam der Ehefrau nicht ein solcher sei, der gemäß § 809 ZPO die Vollstreckung aus einem Titel gegen den Mann hätte hindern können³⁾. Auf die Einzelheiten dieser Parallele und ihrer Verwertbarkeit für die Lösung der Problematik der Räumungsvollstreckung wird noch zurückzukommen sein.

Es zeigten sich aber auch gegenteilige Ansätze. Das LG Siegen⁴⁾ bejahte das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage gegen die Ehefrau, auch wenn sie nicht Mitmieterin sei, das OLG Düsseldorf⁵⁾ hielt einen Titel gegen die Frau immerhin dann für erforderlich, wenn der verurteilte Ehemann bereits - unabhängig von Räumungsandrohung - aus der Wohnung ausgezogen war, weil die Frau dann die alleinige Gewahrsamsinhaberin der Woh-

1) OLG Neustadt, NJW 1953, 989.

2) Knopp, Arnöld a.a.O. (S. 14, Fußn. 3 und 4); Maßfeller, Betrieb 1953, 290 und 589; Firsching, NJW 1955, 1172; Hoffmann, JR 1953, 284.

3) Vgl. außer den schon genannten Reinicke, Beitzke und Pohle, a.a.O. (S. 14 Fußn. 1, S. 15 Fußn. 1): Berner, Rpfleger 1958, 203; Noack, DGVZ 1956, 50; OLG Celle, FamRZ 1956, 121 (Leitsatz) = NdsRpfl. 1955, 214 = DGVZ 1956, 22; LG Ansbach, NJW 1955, 228 = FamRZ 1955, 117 mit einer Anmerkung von Reinicke; KG, NJW 1957, 1768 = FamRZ 1957, 431 = Rpfleger 1957, 415 = DGVZ 1957, 173 mit weiteren Nachweisen.

4) MDR 1956, 167 = FamRZ 1956, 110.

5) MDR 1960, 234 = ZZP 73, 294.

nung geworden sei.

Und schließlich kam die Entscheidung des OLG Hamburg¹⁾ vom 21. April 1960, die mit dem Mitbesitz der Ehefrau nunmehr ernst machte. Der Senat rückte von seinem früheren Beschluß²⁾ ausdrücklich insoweit ab, als er damals erklärt hatte, daß bei natürlicher Betrachtungsweise grundsätzlich davon auszugehen sei, daß der Besitzstand eines Ehegatten auf Grund der ehelichen Lebensgemeinschaft von dem anderen Ehepartner mitgenutzt werde, ohne daß dadurch unter konkreten Rechtsvorstellungen eine dingliche Herrschaftslage nach der einen oder anderen Richtung geschaffen werde. Angesichts der inzwischen schon seit sieben Jahren herrschenden Gleichberechtigung von Mann und Frau sei ein grundsätzlicher Mitbesitz der Ehefrau an der Ehewohnung auch dann anzunehmen, wenn sie die Wohnung nicht mitgemietet habe. Dem unter dem Gleichberechtigungsgrundsatz eingetretenen Wandel der allgemeinen Auffassung entspreche es, die Ehefrau in Bezug auf die nur von ihrem Ehemann gemietete Wohnung nicht als Besitzdienerin, sondern als Mitbesitzerin anzusehen. Dieser Mitbesitz sei ein Vollstreckungshindernis; und der Umstand, daß die Ehefrau des Schuldners ihren Mitbesitz an der Wohnung in der Tat vom Schuldner ableite, ändere ebenfalls nichts daran, daß ihr Recht an dem Mitbesitz an der Wohnung nur mit Hilfe eines gegen sie ergangenen Titels über-

1) MDR 1960, 769 = FamRZ 1963, 650 (Leitsatz).

2) MDR 1954, 742.

wunden werden könne. Der abgeleitete Besitz an Räumen sei nicht so abgeschwächt, daß er ohne weiteres mit dem Besitz, von welchem er abgeleitet sei, stehe und falle. Nicht anders sei es mit dem abgeleiteten Besitz des Entleihers, des Untermieters oder eines Benutzers von Räumen, der diese nur kraft eines rein tatsächlichen Verhältnisses zum Mieter besitze. Die Ehefrau handele auch keineswegs arglistig, wenn sie sich auf ihren Mitbesitz berufe. Der Gläubiger habe ja gewußt, daß sie sich in der Wohnung befinde und hätte sie gleich von vornherein mit verklagen sollen. Wenn man bedenkt, daß solche Anträge von anderen Gerichten wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig kostenpflichtig abgewiesen werden, so war nunmehr ein Höchstmaß von Rechtsunsicherheit erreicht.

Die Entscheidung ließ einen Umschwung in der Rechtsprechung ahnen. Nach sieben Jahren praktizierter Gleichberechtigung wurde die Ehefrau auch in diesem unbequemen Punkt, der so gar nicht in das vollstreckungsrechtliche System der ZPO passen will¹⁾, für mündig erklärt. Man erkannte ihr einen vollwertigen Mitbesitz mit allen Konsequenzen auch auf vollstreckungsrechtlichem Gebiet zu.

Dennoch kehrte die nachfolgende Rechtsprechung²⁾ einschließlich der letzten, auf diesem Gebiet ergangenen Entscheidung des LG

1) Das läßt sich letztlich darauf zurückführen, daß es keine dem § 739 n.F. ZPO entsprechende Vorschrift für die Räumungsvollstreckung gibt.

2) Vgl. LG Mannheim, NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = DGVZ 1963, 104 = Die Justiz 1963, 93 = WM 1962, 111 und dasselbe Gericht, Die Justiz 1964, 62.

Tübingen vom 15. 7. 1964¹⁾ zu der alten Ansicht zurück. Das LG Tübingen räumt zwar der Ehefrau, die nicht Partei des Mietvertrages ist, Mitbesitz an der Wohnung ein, meint aber, die vorwiegende Innenwirkung und Akzessorietät des Mitbesitzes verwehrten dem nichtschuldenden Ehegatten, gegen die Zwangsräumung mit der Erinnerung oder der Drittwiderspruchsklage anzugehen. Deshalb reiche ein Titel gegen den Mieterhegatten aus, und einer Klage auf Herausgabe und Räumung auch gegen die Ehefrau fehle das Rechtsschutzbedürfnis, so daß sie als unzulässig abzuweisen sei.

Das Bedauerliche an der Entscheidung ist, daß der Beschluß des OLG Hamburg mit keinem Wort erwähnt wird. Auch Baur hat dies nicht bemerkt. In seiner Anmerkung²⁾ zu der Entscheidung führt er sogar einleitend aus, in dem Urteil des LG seien die Rechtsprechung und die Literatur zu diesem Problem im wesentlichen vollständig wiedergegeben.

1) NJW 1964, 2021 = FamRZ 1964, 633 = JZ 1965, 107.

2) JZ 1965, 108.

B. Die Untersuchung im Einzelnen.

Die Räumungsvollstreckung greift in den Besitz. Deshalb muß an erster Stelle bei der Räumungsvollstreckung gegen Eheleute untersucht werden, wie die Besitzstellung der Ehefrau in Bezug auf die gemeinsam benutzte Wohnung rechtlich beschaffen ist. Der Ausdruck "Besitzberechtigung" wird zunächst bewußt vermieden, weil Besitz, Recht auf Besitz und Recht aus Besitz drei verschiedene Dinge sind.

1) Die Besitzstellung der Ehefrau

a) Die tatsächliche Gewalt (corpus).

Der Besitzbegriff befaßt sich mit der äußeren Einfügung der Sachen in die menschliche Herrschaft, ohne daß es auf das Recht an der Sache oder auf das Recht zum Besitz abstellt. So gesehen ist der Besitz das äußere Haben der Sache ohne Rücksicht auf die Rechtsbeziehung zu ihr.

Dieser im BGB selbst nicht definierte Ausgangspunkt des Besitzbegriffes läßt sich aus den Besitzschutzregeln ableiten, da der Hauptfaktor hierfür der allein auf der tatsächlichen Gestaltung beruhende Besitz ist. Ein weiterer Beweis dafür, daß es zunächst nur auf das äußerliche Innehaben ankommt, ist die den Besitzerwerb regelnde Vorschrift des § 854 Abs. 1 BGB, wonach der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache

erworben wird.

Für das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt als einem elementaren Begriff des menschlichen Zusammenlebens¹⁾ bieten sich verschiedene Anhaltspunkte an. Man wird zunächst eine dem Wesen des Besitzes entsprechende tatsächliche Beziehung zur Sache fordern müssen. Für die Besitzbegründung wird diese enger sein müssen als für den Fortbestand bereits begründeten Besitzes. Darüber hinaus muß das Gewaltverhältnis erkennbar sein, zumindest muß die Besitzergreifung als solche sich immer in einem äußerlich erkennbaren Verhalten kundtun. Schließlich ist eine gewisse Dauer und Festigkeit der Sachbeziehung erforderlich, um den Besitz von der ganz momentanen flüchtigen Detention (Beispiel: der Benutzer der Parkbank) abgrenzen zu können. Über allem steht die Verkehrsanschauung, weil der Verkehr selbst die Maßstäbe bestimmt, nach denen die vom Verkehr zu beachtende Herrschaftslage bewertet werden soll²⁾.

Geht man zunächst einmal von diesen äußeren Kriterien aus, so kann nicht zweifelhaft sein, daß die Ehefrau Mitbesitz an der gemeinsamen ehelichen Wohnung hat. Sie steht in einer engen tatsächlichen Beziehung zu ihr, in der Regel in einer engeren Beziehung als der Ehemann selbst, weil die Wohnung in den meisten Fällen ihr primäres Alltagsreich darstellt, in

1) Staudinger/Seufert, § 854, I, 1.

2) Westermann, § 9, I 4, S. 59.

dem sie sich aufhält, schaltet und waltet, während der Mann die meiste Zeit des Tages auswärts zur Ausübung seines Berufes verbringt. Das Gesetz selbst sieht vor, daß die F r a u den Haushalt in eigener Verantwortung führt, (§ 1356 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die tatsächliche Gewalt, so wie man sie bei Raumbesitz erwarten und verstehen kann, ist vorhanden, unabhängig davon, ob beide Ehegatten oder nur der Ehemann die Wohnung gemietet haben, unabhängig auch davon, ob sie gemeinsam eingezogen sind oder ein Ehegatte in eine bereits vorhandene Wohnung des anderen hinzugezogen ist. Im ersteren Fall liegt eine gemeinsame Besitzergreifung im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB, im zweiten Fall einverständliche Besitzeinräumung im Sinne des § 854 Abs. 2 BGB vor¹⁾.

b) Der Besitzwille (animus).

Über die Erlangung der tatsächlichen Gewalt hinaus hält die h.M. zur Begründung des Besitzes den sogenannten Besitzwillen für erforderlich²⁾.

Es mag auf sich beruhen, ob man im An-

1) Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 20.

2) BGHZ 27, 360 (362); RGZ 106, 135; Palandt/Hoche, § 854, Bem. 2; Wolff/Raiser, § 10, II, S. 38; Staudinger/Seufert, § 854, Randn. 4; Kress, S. 145; Erman/Westermann, § 854, 10; Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 25.

schluß an Westermann¹⁾ auf das Erfordernis des Besitzwillens verzichten kann und ob nicht die Einfügung der Sache in eine Organisation, welche üblicherweise eine Herrschaftssphäre darstellt, ausreicht. Auch wenn man der h.M. folgt, liegt ein Besitzwille auf seiten der Ehefrau bezüglich der gemeinsamen Wohnung in aller Regel vor.

Unter dem Besitzwillen ist nämlich nicht der Wille zu verstehen, Besitz im technischen Sinne auszuüben. Die Vorstellung, daß die ausgeübte Herrschaft "Besitz" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches darstellen solle, kann nicht erforderlich sein, denn dann würde das rechtliche Vorstellungsvermögen des einzelnen darüber entscheiden, ob er Besitzer sein kann²⁾.

Ein natürlicher Beherrschungswille, der eines besonderen Nachweises nicht einmal bedarf, weil er bei Vorliegen einer äußeren Besitzlage in der Regel als selbstverständlich zu vermuten ist³⁾, kann auch Ehegatten bei der gemeinsam benutzten Wohnung nicht abgesprochen werden. Der Ansicht Pohles⁴⁾, daß ein Ehegatte, wenn er den anderen die eheliche Wohnung mieten lasse, damit zu erkennen gebe, daß er über die gemie-

1) Westermann, § 13, I, 2, S. 69/70; ferner Strohal, IherJb. 31, 68 ff., ders., Der Sachbesitz, S. 66; Heck, Sachenrecht, § 10, IV, S. 38.

2) Diese Überlegung fehlt bei Iherings "Gespräch mit den zwei Bauern", Der Besitzwille, S. 163 ff.; richtig Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 481: Der Besitzwille habe nicht den Rechtserfolg des Besitzerwerbs, sondern die Herstellung des Tatbestandes der Gewalterlangung zum Gegenstand; ebenso Staudinger/Seuffert, § 854, Randnote 5.

3) Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 20.

4) MDR 1955, 5 I. Sp. .

tete Wohnung keine selbständige Herrschaft ausüben, sondern sie nur in Abhängigkeit von dem anderen mitbenutzen wolle, kann nicht gefolgt werden. Pohle fährt fort, die Nichtmieterhefrau begeben sich damit freiwillig der Möglichkeit, als Mieter oder Mitmieter ein Recht auf den Besitz zu erwerben und dies durch spätere Abmachungen zu kündigen oder zu beseitigen. Hierin liegt die oft zu beobachtende Vermengung von Besitz und Recht zum Besitz, auf die weiter unten noch einzugehen sein wird. Mag der Ehegatte auf die einzelnen Rechte aus dem Mietvertrag keinen Wert legen, einen tatsächlichen Herrschaftswillen bezüglich der Wohnung hat er sicher.

c) Die Besitzberechtigung.

Nach der tatsächlichen Sachherrschaft und dem Besitzwillen ist auf die Besitzberechtigung einzugehen. Es stellt sich die Frage, ob die Entscheidung über die Besitzlage von der Berechtigung zum Besitz abhängig gemacht werden kann. Das würde bedeuten, daß sowohl für den Fall, in dem die Ehefrau Mitmieterin, als auch für den Fall, in dem der Ehemann Alleinmieter ist, geprüft werden müßte, ob die Ehefrau ein Recht zum Besitz an der Wohnung hat. Darüber hinaus müßte die Grundlage der Besitzberechtigung ermittelt werden, um erst dann von Fall zu Fall entscheiden zu können, ob sie Mitbesitzerin ist.

Die Besitzlage an solche Voraussetzungen zu knüpfen wäre unrichtig, weil auf diese Weise zur Ermittlung eines Begriffes eine Folge

herangezogen würde, die sich erst bei Vorliegen des Begriffes ergibt. Daß das Recht zum Besitz für die bloße Besitzlage nicht von Bedeutung ist, wurde schon bei der Definition des Besitzes erwähnt. Es gibt Recht auf Besitz ohne Besitz und Besitz ohne Recht zum Besitz (Beispiel: der Dieb). Allerdings ist das Besitzrecht sofort von Bedeutung, wenn es um die Rechte aus dem Besitz geht, d.h. wenn der Besitz seine Wirkungen zu äußern beginnt.

Das bedeutet nicht, daß ohne Recht zum Besitz auch keine Rechte aus Besitz bestehen könnten. So hat etwa der Dieb kein Recht zum Besitz und dennoch beschränkte Rechte aus seinem Besitz. Von einem zweiten Dieb könnte er die Sache mit der possessorischen Klage des § 861 Abs. 1 BGB herausverlangen. Seine Rechte sind aber begrenzt. Begehen derjenige, dem gegenüber der Dieb fehlerhaft besitzt, oder dessen Rechtsvorgänger seinerseits dem Dieb gegenüber innerhalb eines Jahres verbotene Eigenmacht, dann hat der Dieb den possessorischen Anspruch nicht, § 861 Abs. 2 BGB. Nach § 1007 BGB kann er in keinem Falle vorgehen, weil er als früherer Besitzer beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war, § 1007 Abs. 3 BGB. Man kann also sagen, daß das Recht zum Besitz oder, falls ein solches nicht vorhanden ist, die Art des erlangten Besitzes für die Frage der Rechte aus dem Besitz von Wichtigkeit sind.

Darauf wird es in den allermeisten Besitzuntersuchungen ankommen, weil die Frage nach der bloßen Besitzlage, ohne das sich daraus irgendwelche Folgen ergeben sollen, in

der Tat rein theoretischer Natur wäre. Insofern besteht zwischen Besitz und Besitzberechtigung ein enger Zusammenhang. Das darf aber nicht dazu verleiten, die Frage nach des Besitzberechtigung verfrüht zu stellen. Sie ist logisch erst da am Platze, wo es darum geht, was der Besitzer mit seinem Besitzrecht anfangen kann. Deshalb werden Ausführungen über die Besitzberechtigung im Zusammenhang mit dem später folgenden Abschnitt über die Gegenrechte der Ehefrau zu machen sein.

Erle¹⁾ hat in seiner Untersuchung allerdings gemeint, die Besitzverhältnisse unter Ehegatten müßten unter Zugrundelegung der Besitzberechtigung gefunden werden, weil bei gleicher räumlicher und funktioneller Einordnung einer Sache in den Herrschaftsbereich mehrerer Personen das äußerliche Sachherrschaftskriterium in Grenzfällen (Wochenendhaus, PKW) versage oder nicht ausreiche, so daß sich nur noch die Schutzwürdigkeit als das entscheidende Besitzmerkmal erweise. Die Frage aber, wer des Besitzschutzes würdig sei, leite sich über die Frage nach dem petitorischen Recht zum Besitz ab²⁾.

1) Die Besitzverhältnisse unter Ehegatten, Zusammenfassung S. 55 (57).

2) Ähnlich Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 22: Kennzeichnend für die Wechselbezüglichkeit zwischen tatsächlichen und rechtlichen Elementen des Besitzbegriffes sei, daß zwangsläufig umso mehr auf die Rechtslage abgestellt werden müsse, je weniger sich aus tatsächlichen Anhaltspunkten eine klare Zuordnung in der Herrschaftsbereich einer Person ergebe.

Erle ist zuzugeben, daß für Grenzfälle die Besitzberechtigung ein Indiz für den Besitzwillen und damit für die Besitzlage sein kann, obwohl die Verkehrsanschauung hierbei ebenso weiterhilft. Für die Frage des Besitzes der Ehegatten an der gemeinsamen Ehwohnung ist indes wegen der Eindeutigkeit der tatsächlichen und gewollten gemeinsamen Sachherrschaft eine derartige Argumentation entbehrlich.

d) Einfluß der Gleichberechtigung?

Das Rechtsverhältnis von der Person zur Sache ist bei der Besitzfrage dennoch nicht bedeutungslos. Zum einen wirkt es sich auf die Verkehrsanschauung, die in erster Linie für die Besitzbestimmung maßgebend ist, aus. Diese Bedeutung des einem Besitztatbestand zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses darf nicht übersehen werden¹⁾. Die Verkehrsanschauung beruht sowohl auf einer Betrachtung des Raum- als auch des Rechtsverhältnisses²⁾.

Unter diesem Blickwinkel ist auch die oft diskutierte Frage³⁾ zu sehen, ob die Einführung der Gleichberechtigung eine unmittelbare Einwirkung auf die Besitzverhältnisse unter Ehegatten bzw. auf die dingliche Rechtslage im allgemeinen gehabt haben kann, oder ob eine solche

1) Staudinger/Seufert, § 854, I, 1) f.

2) Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 22.

3) OLG Hamburg, NJW 1954, 1688 = FamRZ 1954, 258 = MDR 1954, 742 = DGVZ 1955, 25 mit weiteren Nachweisen; LG Hamburg, FamRZ 1956, 288 (nur Leits.) = DGVZ 1956, 60.

Annahme dem absoluten Typenzwang des Sachenrechts widersprechen müßte¹⁾.

Wie sehr die Verkehrsanschauung über die Besitzberechtigung die Besitzlage selbst bestimmt hat, beweist die Tatsache und erklärt den Umstand, daß man vor dem 2. Weltkrieg und bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes gerade bei Ehegatten trotz gleicher äußerer Umstände völlig andere Besitzverhältnisse annahm.

Früher orientierte sich die h.M. bei der Frage nach den Besitzverhältnissen unter Ehegatten an dem jeweiligen Güterstand²⁾. Als Besitzer einer Sache wurde der Ehegatte angesehen, dem die Verwaltung der Vermögensmasse zustand, zu der der betreffende Gegenstand gehörte³⁾. Im Güterstand der Gütertrennung blieb grundsätzlich der jeweilige Eigentümer Alleinbesitzer der ihm gehörigen Sachen⁴⁾. Teilweise wurde auch angenommen, der Ehemann habe als Haushaltsvorstand alleinigen Gewahrsam an den in der ehelichen Wohnung befindlichen Sachen⁵⁾. An der Habe des anderen hatte der Ehegatte in der Regel keinen unmittelbaren Besitz. Er genoß insoweit auch keinen Besitzschutz. Die Tatsache der gemeinsamen

1) So OLG Hamburg, NJW 1954, 1688 = FamRZ 1954, 258 = MDR 1954, 742 = DGVZ 1955, 25.

2) Übersicht bei Westermann, Sachenrecht, in der 1. Aufl. von 1951, § 20, der schon damals die h.M. für unhaltbar erklärte und weitgehend Mitbesitz annahm.

3) Kritisch Winkler, Recht 1923, 131.

4) RG, JW 1922, 93, mit Anm. von Blume; Wurzer, Recht 1922, 154; Staudinger/Engelmann, 9. Aufl., Vorbem. 1. vor § 1426 mit weiteren Nachweisen.

5) RG, Seuff.Arch. 55 Nr. 125; KG OLGE 2, 220; OLG Dresden, Seuff. Arch. 67 Nr. 10.

Benutzung wurde in der Regel nicht als Mitbesitz anerkannt, weil die durch die Annahme eines Mitbesitzes bewirkte Verfügungsbeschränkung mit dem Grundgedanken der Gütertrennung in Widerspruch stehe¹⁾. Beide Ehegatten sollten wie Unverheiratete über ihr Vermögen verfügen können, die vereinbarte Gütertrennung wurde als Ausdruck des Mißtrauens in vermögensrechtlicher Sicht, besonders der Frau gegenüber dem Mann gewertet.

An der Wohnung hatte allein der Ehemann als Haushaltungsvorstand Besitz. Selbst wenn die Frau Mitmieterin war, nahm sie nur die Stellung einer Besitzdienerin ein²⁾.

Man kann natürlich zweifeln, ob sich diese damaligen Rechtsauffassungen über die Besitzverhältnisse, die noch ganz von der patriarchalischen Vormachtsstellung des Mannes beeinflußt sind, auf Grund einer anderen Verkehrsanschauung erklären. Die Annahme liegt nahe, daß sich die Verkehrsanschauung der Juristenmeinung beugte. Jedenfalls entspricht diese Besitzstellung der Ehegatten heute, zwölf Jahre nach Einführung der Gleichberechtigung nicht mehr den allgemeinen Vorstellungen über die dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft gemäße Stellung der Ehegatten zueinander. Das hat auch der BGH³⁾ schon im Jahre 1954 ausgesprochen. Die eheliche Wohnung und ihre Einrichtung sind der elementare Lebensraum der ehe-

1) Wurzer a.a.O., Fußn. 4.

2) Vgl. - gerade für den Fall der Erinnerung gegen eine Räumungsvollstreckung - OLG Hamburg in Seuff. Arch. 75 Nr. 175 S. 307.

3) BGHZ 12, 380 = NJW 1954, 918 = FamRZ 1954, 198 = LM Nr. 1 zu Art. III MRG. 52.

lichen Lebensgemeinschaft. In der Ehe kommt jedem Ehegatten eine eigene, selbständige Aufgabe zu. Beide Ehegatten haben ein von der Verkehrsanschauung gebilligtes schutzwürdiges Interesse an der ungestörten Ausübung ihrer Funktion in der Wohnung. Der tatsächliche Mitgebrauch des Hausrats und die tatsächliche Mitbenutzung der Wohnung sind als Mitbesitz anzuerkennen.

Aus diesen Überlegungen kann der Schluß gezogen werden, daß die Einführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes als unmittelbar geltendes Recht¹⁾ zwei Wirkungen auf die Besitzlage unter Ehegatten gehabt hat: eine unmittelbare und eine zweite in der Umformung der Verkehrsanschauung, deren zeitliches Inkrafttreten man verschieden ansetzen kann, die jedoch heute nicht mehr zu bezweifeln ist.

Zum einen ließ sich die tatsächliche Mitherrschaft der Ehefrau an gemeinsam benutzten Sachen nicht mehr unter dem Institut der Besitzdienerschaft im Sinne des § 855 BGB subsumieren²⁾. Denn insoweit handelt es sich nicht um die Feststellung einer tatsächlichen Herrschaftslage, sondern um die Auslegung einer Norm, die unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Grundsätze zu geschehen hat. Mit den Art. 3 Abs. 2, 117 Abs. 1 GG hat der Verfassungsgesetzgeber Wertentscheidungen getroffen, die als unmittelbar geltendes Recht (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) auf die ganze Rechtsordnung ausstrahlen. Auslegungsfähige und auslegungsbedürftige Bestimmungen sind durch die

1) BVerfG, JZ 1958, 120.

2) Boehmer, FamRZ 1960, 174.

sogenannte verfassungskonforme Auslegung mit dem grundrechtlichen Wertsystem in Einklang zu bringen¹⁾. Das kann nur ergeben, daß die Ehefrau bezüglich der gemeinsamen Wohnung²⁾ zu ihrem Mann nicht mehr in einem Verhältnis steht, vermöge dessen sie den sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hätte³⁾; besagt doch § 1356 Abs. 1 BGB das Gegenteil.

Neben dieser unmittelbaren Einwirkung der Gleichberechtigung auf die Besitzlage unter Ehegatten hat sich zum anderen - wenn nicht schon vorher - nach und nach auch die Verkehrsanschauung über die Besitzberechtigung, die ja für die Bestimmung der Besitzlage mitentscheidend ist, geändert.⁴⁾

Folgt man gar der Meinung, nicht der Jurist könne die Verkehrsanschauung befragen, sondern der Verkehr verlange vom Juristen Aufschluß über die Besitzlage⁵⁾, so führt das umso eher zu der Entscheidung, daß Eheleute bezüglich der gemeinsam benutzten Wohnung ohne Unterschied, ob einer oder beide sie gemietet haben, Mitbesitzer im Sinne des § 866 BGB sind.

1) BVerfG, JZ 1958, 120; Müller-Freienfels, JZ 1957, 685.

2) Anders kann es für Geschäftsräume sein, wenn die Ehefrau bei plötzlicher Verhaftung des Mannes im Laden aushilft; BGH LM Nr. 3 zu § 855 BGB.

3) Dagegen wendet sich schon Schultz, MDR 1952, 153; ferner Boehmer, MDR 1950, 455 r.Sp. oben.

4) OLG Düsseldorf, ZMR 1957, 144; OLG Hamburg, MDR 1960, 769 = FamRZ 1963, 650 (Leits.); KG, DGVZ 1953, 185; LG Bamberg, FamRZ 1957, 258; LG Stuttgart, NJW 1953, 989.

5) Planck/Brodmann, III, 1, Vorbem. 3 vor § 854, S. 32.

e) Ergebnis.

Als Ergebnis der Frage nach der Besitzlage der Ehegatten an der gemeinsam benutzten Wohnung ist sonach festzustellen: Das Besitzverhältnis bestimmt sich unabhängig vom Güterstand der Eheleute; ausschlaggebend sind allein die tatsächlichen Verhältnisse. Ohne Einfluß ist auch, wer die Ehewohnung gemietet hat. Aus dem Wegfall eines Abhängigkeitsverhältnisses ergibt sich somit gleichberechtigter **M i t b e s i t z** ¹⁾.

2) Die vollstreckungsrechtliche
Gewahrsamslage.

Nach der Feststellung, daß Eheleute grundsätzlich Mitbesitz an der gemeinsamen Wohnung haben, ohne daß es darauf ankäme, wer Mieter der

1) Ebenso: Staudinger/Seufert, § 855, Randnote 6b; Staudinger/Hübner, Vorbem. zu § 1353, Bem. 34-37; BGB-RGRK/Kregel, § 866, Anm. 7; Soergel/Siebert, § 866, Randnote 6; Wolff/Raiser, § 9, II, 1., Fußnote 1; Erman/Westermann, § 854, Bem. 8; Lent/Schwab, § 6 I 2, S. 17; Hedemann, § 6 II c, S. 35; v. Gierke, § 6 I 2 c), S. 14; Westermann, § 20, I; Baur, § 7, D II 1. c), S. 59; Palandt/Hoche, § 866, 1 b.) cc.); Gernhuber, § 34, II. 3.; Beitzke, Studienbuch, § 13, I 5, S. 72; derselbe, ZZP 68, 241 ff.; Habscheid/Meyer, §§ 854 ff., A.; Baumbach/Lauterbach, § 739, Anm. 1); Breetzke, NJW 1953, 734; Reinicke, NJW 1953, 684; Knopp, NJW 1953, 1210; Schultz, MDR 1952, 153; Pohle, MDR 1954, 706; Kremer, FamRZ 1954 186; derselbe, Besitz und Besitzberechtigung, S. 37/38; Brühl, FamRZ 1954, 210 (215); Bosch, Rpfleger 1954, Sp. 78; Firsching, NJW 1955, 1172; Kubisch, NJW 1958, 873; Buße, NJW 1952, 1061 am Ende; Schmidt-Futterer, MDR 1962, 701; Rheinspitz, NJW 1962, 1402; BGHZ 12, 398; OLG Hamm, NJW 1956, 1681 = FamRZ 1957, 53 = Rpfleger 1956, 345 = JMB1NRW 1956, 112 u. a.
A.A. offenbar Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 885, I; Pohle, ZZP 68, 278; Noack, DGVZ 1956, 49.

Wohnung ist oder in welchem Güterstand die Ehegatten leben, muß nun auf die Frage der zivilprozessualen Gewahrsamslage übergegangen werden. Von ihr hängt es ab, ob der Mitbesitz der Ehefrau ein vollstreckungsrechtliches Hindernis dergestalt darstellt, daß die Ehefrau der Räumungsvollstreckung widersprechen könnte, wenn ein Titel nur gegen ihren Mann vorliegt.

Bei beweglichen Sachen darf gemäß § 808 ZPO nur in den Alleingewahrsam des Schuldners vollstreckt werden. Schon der Mitgewahrsam eines nicht herausgabebereiten Dritten hindert die Vollstreckung¹⁾ (§ 809 ZPO). Nicht anders ist es bei der Räumungsvollstreckung, wie sich aus den entsprechenden §§ 885, 886 ZPO ergibt²⁾. Die Frage ist jedoch, ob Mitbesitz gleich Mitgewahrsam ist, oder allgemeiner ausgedrückt, ob sich die bürgerlichrechtlichen Begriffe: unmittelbarer Besitz-Mitbesitz mit den vollstreckungsrechtlichen Begriffen: Gewahrsam - Mitgewahrsam decken.

Im allgemeinen wird diese Frage bejaht³⁾, weil sich die Vollstreckung erst recht an der tatsächlichen Sachherrschaft des Pfandguts des Schuldners orientieren soll. Fragt man nach dem Sinn, warum die ZPO dem Gerichtsvollzieher den Zugriff nur gestattet, wenn der Schuldner Alleingewahrsam hat,

1) Rosenberg, § 191, I, 1, b), S. 1001; Wieczorek, § 808, B, II; Kabisch, DGVZ 1963, 18; RGSt 19, 69 (70) und 25, 108 (109) für die damaligen §§ 712, 713 CPO; OLG Hamburg, OLGE 16, 308.

2) Wieczorek, § 885, A III a 1.

3) Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 808 II, 1; Wieczorek, § 808, B I; Baumbach, § 808, 3) A; Staudinger/Seufert, Vorbem. vor § 854, Randn. 12; Reinicke, NJW 1953, 684; Arnold, MDR 1953, 329; Firsching, NJW 1955, 1173, Fußn. 25; OLG Hamburg, NJW 1954, 1688; a.A. Rosenberg, § 191 I 1 a.); Knopp, NJW 1953, 1210.

wird allerdings deutlich, daß gewisse Abweichungen bestehen müssen.

Mit dem Gewahrsam wird nämlich die Vermutung der Rechtszuständigkeit verbunden: wer den Gewahrsam hat, wird in den meisten Fällen auch der Berechtigte sein, so daß die Pfändung in der Regel "den Richtigen treffen wird"¹⁾. Gewahrsam bedeutet deshalb wie im Strafrecht den Zustand rein tatsächlichen Habens. Die sog. momentane Detention, die kein Besitz ist, kann Gewahrsam sein. Umgekehrt stellen der Erbenbesitz und der mittelbare Besitz keinen Gewahrsam im Sinne der ZPO dar²⁾. Auch die Besitzdienerschaft des § 855 BGB ist nicht dazuzurechnen³⁾.

Diese Abweichungen treffen die Ehefrau bezüglich ihrer Besitzlage an der gemeinsamen Wohnung nicht. Sie ist hinsichtlich ihrer äußeren Innehabung von einem Mitmieter einer Wohngemeinschaft nicht zu unterscheiden. Demnach kann ihr auch der vollstreckungsrechtlich bedeutsame Mitgewahrsam nicht abgesprochen werden.

3) Die Bedeutung des ehelichen Mitgewahrsams in der Zwangsvollstreckung.

Die Bedeutung des Mitgewahrsams für die Zwangsvollstreckung erfordert eine Auseinander-

1) Baur, Sachenrecht, § 7 B II 1 c.) bb.) .

2) Ausführlich das LG Berlin v. 15. 1. 1957 - Akt.Z. 81 T 1310/56 - von Sebode in DGVZ 1957, 134 l.Sp. auszugsweise besprochen.

3) Rosenberg, § 191 I 1 a.) differenziert hierbei noch.

setzung mit der vielfach vertretenen Ansicht¹⁾, im Falle des Einparteienmietvertrages sei der Mitgewahrsam der Ehefrau ein abgeschwächter und unselbständiger. Da er seine Grundlage im Besitzrecht des Ehemannes finde und seinem Bestand nach von der Ehegemeinschaft abhängig sei, könne er dem Vermieter im Räumungszwangsverfahren nicht rechtswirksam entgegengesetzt werden. Das gelte auch dann, wenn nur der Mann zur Räumung und Herausgabe verurteilt worden sei.

In der Begründung und im Ergebnis kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Sie geht zu sehr vom gewünschten Erfolg aus und läßt sich mit dem geltenden Recht schwerlich in Einklang bringen. Soweit die Rechtsprechung²⁾ und Lehre³⁾ sie noch heute vertritt, wird sie immer noch von der aus der Not der Zeit geborenen Ansicht beeinflusst, die zwischen 1953 und 1958 für die Mobiliarpfändung zur Überwindung des § 809 ZPO entwickelt wor-

1) OLG Celle, NdsRpfl. 1955, 214 = FamRZ 1956, 121 (Leits.) = DGVZ 1956, 22; OLG Düsseldorf, ZMR 1957, 144; OLG Hamburg, NJW 1954, 1688 = FamRZ 1954, 258 = MDR 1954, 742 = DGVZ 1955, 25; OLG Hamm, NJW 1956, 1681 = FamRZ 1957, 53 = Rpfleger 1956, 345 = JMBlnRW 1956, 112.

2) OLG Stuttgart, ZMR 1959, 51; LG Mannheim, NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = Die Justiz 1963, 93 = DGVZ 1963, 104 = WM 1962, 111; dass. Gericht, Die Justiz 1964, 62; LG Tübingen, NJW 1964, 2021 = FamRZ 1964, 633 = JZ 1965, 107.

3) Schmidt-Futterer, MDR 1962, 700 ff.; Schumacher, DGVZ 1963, 150 ff.

den war. Überzeugend führt Gernhuber¹⁾ in diesem Zusammenhang aus, alle Versuche, den Alleinmieter als Alleinbesitzer zu erweisen und den Partner in die Rolle eines Besitzdieners abzudrängen, weil keinen Willen zu selbständiger Herrschaft haben solle, wer nicht mitmiete, erhielten ihre Impulse aus dem Vollstreckungsrecht, verfehlten die soziale Wirklichkeit und seien mit ihrer Manipulation des Besitzwillens ganz einer an sich überwundenen Epoche verhaftet. Man kann diese Feststellung dahin erweitern, daß alle Versuche, die Besitzlage danach zu beurteilen, ob sie für die Praxis des Vollstreckungsrechts mehr oder weniger große Schwierigkeiten mit sich bringt, einer Nachprüfung ebenfalls nicht standhält²⁾. Auf die einzelnen Überlegungen, die zu der oben genannten Ansicht geführt haben, soll sich die nun folgende Kritik beziehen.

- a) Kritik an dem Versuch, den ehelichen Mitgewahrsam durch Auslegung des Gesetzes zu überwinden.

Die Versuche, den lediglich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft fließenden Mitgewahrsam mit Hilfe einer gesetzlichen Norm für vollstreckungsrechtlich unbedeutsam zu erklären, sind gering. Baur³⁾ hat gemeint, daß der zivilrechtliche Mitbesitz von Familienangehörigen

1) § 34 II, 2, S. 322.

2) Ähnliche Bedenken bei Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 35.

3) Anm. zum LG Tübingen in JZ 1965, 107 (108).

des Schuldners bedeutungslos sein soll, lasse sich unmittelbar aus § 885 Abs. 2 ZPO entnehmen.

Diese Bestimmung behandelt den Fall, daß bewegliche Sachen, die nicht Gegenstand der Raumvollstreckung, also nicht Zubehör sind, weggeschafft werden müssen, um das Ziel der Räumung zu erreichen, und bestimmt für diesen Fall, daß sie dem Schuldner oder, wenn dieser abwesend ist, einer zu seiner Familie gehörigen erwachsenen Person übergeben werden sollen. Daraus den Schluß zu ziehen, daß das Gesetz es als ganz selbstverständlich voraussetze, daß die Familienangehörigen (Frau und Kinder) von der Zwangsvollstreckung mitbetroffen würden, ohne daß sie Schuldner des Vollstreckungstitels seien und ohne daß es auf ihre besitzrechtliche Position ankäme, ist verfehlt¹⁾. § 885 Abs. 2 ZPO regelt nur die technische Durchführung einer Räumung hinsichtlich der Möbel usw. Er besagt nichts über ihre Voraussetzungen. Aus dieser Vorschrift können keine Schlüsse über die Art des Titels und die Widerspruchsmöglichkeiten der Familienangehörigen gezogen werden, zumal man für erwachsene Familienangehörige, die einen eigenen Haushalt auf der Grundlage eines Untermiet- oder Leihverhältnisses führen, unbestritten einen besonderen Titel fordert.

Auch den neu eingeführten §§ 1362 BGB, 739 ZPO kommt keine Bedeutung zu, weil diese Vorschriften zugunsten des Gläubigers eine gesetzliche Vermutung nur für bewegliche Sachen

1) Ähnlich Schmidt-Futterer, MDR 1962, 701 r.Sp. (§ 885 ZPO besage nichts für die Richtigkeit der einen oder anderen Ansicht).

begründen¹⁾. Wenn die Praxis²⁾ diese Bestimmungen gelegentlich dafür verwendet, daß nach dem Gleichberechtigungsgesetz die Ehe grundsätzlich kein die Vollstreckung erschwerendes Hindernis sein solle, müsse auch auf die Zwangsräumung angewendet werden, so ist auch dieser Gedanke unrichtig. Die Neufassung des § 739 ZPO widerlegt die Auffassung über die Bedeutungslosigkeit des ehelichen Mitgewahrsams, weil sich seine Existenz gerade darin versteht, daß anderenfalls der in der Person des anderen Ehegatten liegende Mitgewahrsam ein Hindernis für die Zwangsvollstreckung wäre³⁾.

- b) Kritik an der Ansicht, die
auf die Besitzberechtigung
abstellt.

Die Rechtsprechung macht überwiegend den Fehler, bei der Frage nach dem Mitbesitz der Ehefrau auf die Besitzberechtigung abzustellen⁴⁾. Es wird zuerst untersucht, woher sich die Besitzberechtigung ableitet, um dann von Fall zu Fall

1) Dölle, § 44, II, 1. a), S. 687; Gernhuber, § 22, II, 2., S. 193.

2) OLG Köln, NJW 1958, 598.

3) Kubisch, NJW 1958, 873 in einer Anm. zu OLG Köln, NJW 1958, 598.

4) OLG Stuttgart, ZMR 1959, 51; LG Mannheim, NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = Die Justiz 1963, 93 = DGVZ 63, 104 = WM 1962, 111; LG Tübingen, NJW 1964, 2021 = FamRZ 1964, 633 = JZ 1965, 107.

zu entscheiden, ob der Besitz die Vollstreckung hindern kann oder nicht.

Die Besitzlage hängt von reinen Fakten ab, nicht vom Recht zum Besitz¹⁾. Nicht anders ist es mit dem vollstreckungsrechtlichen Gewahrsam. Das Gesetz kennt keinen "stärkeren oder schwächeren Besitz", keinen "Besitz, der der Vollstreckung noch standhält", keinen "aus der ehelichen Lebensgemeinschaft fließenden Mitbesitz", keinen "bloß ehelichen Mitgewahrsam"²⁾ und auch keinen "familienrechtlichen Gewahrsam"³⁾ 4). Das wird insbesondere dann deutlich, wenn man einmal die Überlegung anstellt, wie es sich auswirken müßte, wenn die Ehefrau hinsichtlich ihres Mitbesitzes auf "mehr" als nur auf die aus der ehelichen Lebensgemeinschaft fließende Berechtigung zurückgreifen könnte. Würden nämlich die Eheleute auf den Gedanken verfallen zu vereinbaren, daß die Ehefrau etwa als Untermieterin oder als Unterentleiherin an der Wohnung teilhaben solle⁵⁾, so läge

-
- 1) Richtig die Anm. der Schriftleitung der FamRZ zum Urteil des LG Tübingen in FamRZ 1964, 633, die aus diesem Grund den Leitsatz I, zweite Hälfte für unhaltbar ansieht.
 - 2) Begriff von Quardt, DGVZ 1956, 188, in seiner Anm. zu einem Urteil des AG Hamburg.
 - 3) Begriff von Müller in JR 1963, 370.
 - 4) Kritisch gegenüber diesen Zweckschöpfungen insbesondere Rheinspitz, NJW 1962, 1402, dessen Anm. zu dem Beschluß des LG Mannheim volle Zustimmung verdient.
 - 5) Der BGH stützt ja sogar vom Ursprung her den Mitbesitz der Ehefrau an der Wohnung auf einen "Gebrauchsüberlassungsvertrag nach Art einer Leihe", BGHZ 12, 380. Hiergegen allerdings die h.M., die diese Ansicht als ein gekünsteltes Produkt juristischer Konstruktion ablehnt. Boehmer, FamRZ 1960, 174; Gernhuber, FamRZ 78/80; Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 27; Gernhuber, Lehrbuch, § 18, III, 5., S. 153 mit weiteren Nachweisen (Fußn. 6).

nunmehr ihrem Besitz eine "echte" Besitzberechtigung zugrunde.

Es geht in der Tat nicht an, wenn in einem solchem Falle die Zwangsvollstreckung an dem Widerspruch der Ehefrau scheitern müßte, während bei Ehegatten, die die Mitbenutzung ausüben, ohne sich unter konkreten Rechtsvorstellungen einen "schuldrechtlichen Mitbesitz" einzuräumen, ein Titel gegen den Mann zur Räumungsvollstreckung ausreichen soll. Dennoch scheint das OLG Hamburg¹⁾ darauf abstellen zu wollen, wenn es verlangt, die widersprechende Ehefrau müsse nachweisen, daß ihr ein "äußerlich erkennbarer" Mitbesitz eingeräumt worden sei. Wenn der sich aus der Familienzugehörigkeit ergebende Mitbesitz kein äußerlich erkennbarer sein soll, so kann die Entscheidung nur so verstanden werden, die Ehefrau müsse ein vom Vermieter oder ihrem Mann vertraglich begründetes Mitbesitzrecht darlegen.

Diese Ausführungen mögen vorerst genügen, um zu zeigen, daß Untersuchungen über die Besitzberechtigung fehl am Platz sind. Schon hier sei die später noch zu erörternde Schwierigkeit angedeutet, daß ein Abstellen auf die Besitzberechtigung zu weiteren Problemen führt, wenn sich die Ehefrau auf ein Besitzrecht aus Mietvertrag beruft, was häufig nicht einfach festzustellen sein wird. Soll der Gerichtsvollzieher den Mietvertrag daraufhin rechtlich bewerten, das über die Erinnerung beschließende Gericht Beweise über die Art des angeblich geschlossenen Mietvertrages erheben müssen?

1) NJW 1964, 1688 = FamRZ 1954, 258 = MDR 1954, 742.

c) Kritik an dem Akzessorietätsgedanken.

Auch die so häufig ins Feld geführte Akzessorietät des Mitbesitzes der Ehefrau von der Besitzberechtigung des Ehemannes¹⁾ ist nicht von Bedeutung. Was damit gemeint ist, wird besonders deutlich in den Entscheidungsgründen des Tübinger Urteils²⁾ zum Ausdruck gebracht. Dort heißt es, der Mitbesitz der Ehefrau sei vom Besitz des Mieterhemannes abgeleitet und somit von dem durch einen schuldrechtlichen Vertrag geschaffenen Besitzrecht abhängig. Entfalle das den Mitbesitz vermittelnde Grundgeschäft durch Kündigung oder rechtskräftiges Mietaufhebungsurteil, werde jenem die Grundlage entzogen. Der Mitbesitz erlösche.

Abgesehen von der mangelnden Differenzierung zwischen Besitz und Besitzrecht muß diesen Erwägungen entgegengehalten werden, daß selbst der durch verbotene Eigenmacht erlangte Gewahrsam vollstreckungsrechtlich erheblich ist³⁾. Darüberhinaus ist nach allgemeiner Ansicht zur Zwangsvollstreckung gegen einen Untermieter ebenfalls ein besonderer Titel erforderlich, obwohl auch das Besitzrecht des Untermieters akzessorisch ist⁴⁾ (§ 556 Abs. 3 BGB). Soll der Gewahrsam der

-
- 1) KG, NJW 1957, 1768 = FamRZ 1957, 431 = DGVZ 1957, 173 = Rpfleger 1957, 415 mit weiteren Nachweisen; LG Tübingen, NJW 1964, 2021 = FamRZ 1964, 633 = JZ 1965, 107.
2) NJW 1964, 2021 = FamRZ 1964, 633 = JZ 1965, 107.
3) Rheinspitz, NJW 1962, 1402.
4) Kubisch, NJW 1958, 873, der in seiner Anm. zu dem Beschluß des OLG Köln (NJW 1958, 598) dieses in allen Punkten überzeugend widerlegt, am Schluß jedoch überraschend zu dem gleichen Ergebnis kommt, weil "sich die Ehefrau erkennbar untergeordnet habe."

Ehefrau weniger als der des Untermieters oder der des eigenmächtigen Okkupanten bedeuten?

Der folgerichtig angewandte Abhängigkeitsgedanke müßte ergeben, daß die Ehefrau ihr "Besitzrecht" verliert, wenn der Mann es aufgibt. Ihre Stellung müßte eine noch schwächere werden, wenn derjenige, von dem sie in dieser Hinsicht abhängt, seine eigene Stellung abbaut, d.h. etwa den Besitz aufgibt und aus der Wohnung auszieht. Das Gegenteil aber nimmt das LG Mannheim¹⁾ an: der unselbständige Besitz und Gewahrsam könne dadurch eine erhebliche Verstärkung erfahren, daß der aus dem Mietvertrag berechnigte und im Räumungsurteil benannte Ehemann die Ehegemeinschaft tatsächlich aufgebe und ein Getrenntleben der Eheleute eintrete, so daß die in der Ehewohnung verbleibende Ehefrau erkennbar den Alleinbesitz und Alleingewahrsam an der Wohnung habe. Jetzt sei der der Ehefrau infolge der tatsächlichen Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft zugefallene unmittelbare Alleinbesitz an der Ehewohnung so stark, daß der nur gegen den Ehemann gerichtete Räumungstitel für eine Vollstreckung gegen sie nicht ausreiche.

Zu diesem Schluß kann man nur kommen, wenn man, wie es das LG an dieser Stelle richtigerweise tut, allein auf die tatsächliche Sachherrschaft abstellt.

Zu der Akzessorietätsfrage und dem Vergleich zum Untermieter haben Kubisch²⁾ und Schmidt-Futterer zwei Unterschiede herausstellen zu können gemeint. Kubisch sieht ihn darin, daß

1) NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = Die Justiz 1963, 93 = DGVZ 1963, 104 = WM 1962, 111.

2) NJW 1958, 873.

der Untermieter in der Ausübung seiner Rechte selbständig sei, während sich die Ehefrau hinsichtlich der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Wohnung erkennbar unterordne. Schmidt-Futrer¹⁾ hebt hervor, daß der Ehefrau keine selbständigen Besitzschutzansprüche zuständen.

Diese immer wieder auf die "Minderwertigkeit" des ehelichen Mitbesitzes hinauslaufenden Erörterungen geben Veranlassung, die "Stärke" des Mitbesitzes der Ehefrau einmal daraufhin zu untersuchen, welche Rechte sich sonst noch aus ihm ergeben.

4) Die sonstigen Rechte aus dem Mitbesitz.

a) Besitzschutz.

Es besteht keine Veranlassung, den Mitbesitz der Ehegatten in irgendeiner Weise anders zu behandeln als den sonstigen Mitbesitz²⁾. Jeder mitbesitzende Ehegatte kann gegen Dritte Besitzansprüche allein erheben und bei Entziehung Herausgabe an beide Eheleute verlangen³⁾. Wenn der andere Ehegatte zur Übernahme des Mitbesitzes nicht bereit ist, kann er Herausgabe an sich selbst fordern. Aber auch im Verhältnis zueinander findet Besitzschutz nach den allgemeinen Regeln statt. So kann z.B. die Ehefrau, wenn der Ehemann ohne

1) MDR 1962, 702.

2) Westermann, § 20, I.

3) Brühl, FamRZ 1954, 215; Staudinger/Hübner, Vorbem. zu § 1353, Randn. 39.

ihre Zustimmung und ohne gesetzliche Ermächtigung gemeinschaftlichen Hausrat aus der Wohnung entfernt, allein auf Grund ihres Mitbesitzes gemäß den §§ 858, 861 BGB vom Ehemann verlangen, den alten Besitzstand wiederherzustellen¹⁾, wenn dies auch zumeist im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt wird²⁾.

Die Auffassung Schmidt-Futterers, daß der Ehefrau bei Besitzstörung durch den Mann kein Besitzschutz zustehe, wird von der von ihm zitierten BGH-Entscheidung (BGHZ 29, 377) nicht getragen. Dort ist lediglich - es handelt sich im übrigen nicht um Eheleute - ausgesprochen, daß Mitbesitzer untereinander Besitzschutz nur insoweit haben, als es sich nicht um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Das gilt jedoch für Mitbesitzer ganz allgemein, und insoweit machen auch mitbesitzende Eheleute keine Ausnahme³⁾.

b) Die Lehre vom räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe.

Einen weiteren Anhaltspunkt für die Vollwertigkeit des ehelichen Mitbesitzes ergibt sich aus der neu entwickelten Lehre zum räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe. Unter weitgehender Billigung der Lehre neigt die neuere Rechtsprechung dazu, Unterlassungsklagen mit an-

1) LG Düsseldorf, MDR 1955, 477; AG Meldorf, SchlHA 1953, 239.

2) LG Düsseldorf, a.a.O.; Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 52.

3) Palandt/Hoche, § 866, 2).

schließender Zwangsvollstreckung zwischen Ehegatten mit dem Ziel zuzulassen, den äußeren räumlich-gegenständlichen Ehebereich von störenden Einwirkungen Dritter freizuhalten. So findet sich eine Reihe von Urteilen¹⁾, in welchen dem Ehemann befohlen wurde, seine Geliebte aus dem Wohn- und Geschäftsbereich der Ehegatten zu entfernen und sie auch nicht wieder dort aufzunehmen.

Da der räumlich-gegenständliche Bereich, um dessen Schutz es hier geht, in den allermeisten Fällen mit der ehelichen Wohnung identisch ist, stellt sich bei einer Untersuchung über die Qualität des Mitbesitzes der Ehefrau an der Ehewohnung die Frage, ob solche Klagen der oben angedeuteten Art nicht mit Erfolge auch auf der Verletzung des Mitbesitzes gestützt werden könnten.

Das ist in der Tat der Fall. Zumeist wird von dem Schutz der Intimsphäre im familienrechtlichen Bereich ausgegangen. Das Bestreben geht dahin, der Ehefrau einen rechtlich geschützten Anspruch zu geben, innerhalb ihrer Ehewohnung ein Leben zu führen, wie es ihrer Frauenwürde und ihrer Stellung als Hausfrau und Mutter entspricht. Worauf der Schutz des jedem Ehegatten zustehenden räumlich-gegenständlichen Bereichs zu stützen ist, wird verschieden beantwortet²⁾. Entweder wird der Anspruch unmittelbar aus der Drittwirkung der Grundrechte dergestalt gefolgert, daß sich das Recht der Ehefrau

1) BGHZ 6, 360 = NJW 1952, 975; BGH, FamRZ 1956, 50 = JZ 1956, 179 = LM Nr. 3 zu Art. 6 GG; BGHZ 37, 38 = NJW 1962, 1244 = LM Nr. 9 zu § 242 (C); BGH FamRZ 1963, 553; BGHZ 34, 80 = JZ 1961, 577 mit Anm. von Müller-Freienfels.

2) Vgl. Müller-Freienfels in seiner Anmerkung zu BGH, JZ 1961, 577, S. 580 mit weiteren Nachweisen.

auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit mit der Folge klagbarer Ansprüche gegenüber dem Ehemann aus der Verfassung selbst ableitet. Oder es wird aus dem Wesen der Ehe und der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft in Verbindung mit Art. 6 GG ein absolutes Recht hergeleitet, das neben die in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter zu stellen ist, ähnlich wie man es mit dem Recht auf ungestörten Fortbestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes getan hat. Es liegt ja auch näher, eine ganz dem Familienrecht entspringende Klage auf dementsprechende Normen zu stützen¹⁾. Jedoch lassen sie sich ebenso gut als Besitzstörungensklagen aufrechterhalten, wie Berg²⁾ überzeugend dargestellt hat und in der Praxis durchaus auch angenommen wird³⁾.

Hierin liegt ein weiterer Beweis dafür, daß der akzessorische Mitbesitz der Ehefrau - gerade in Bezug auf die Wohnung - jedenfalls nicht in dem Sinne akzessorisch ist, daß sie nicht alle sich aus sonst für einen Mitbesitzer ergebenden Rechte geltend machen könnte. Der Mann vermag ihr ihre Rechte aus dem Mitbesitz nicht zu beschneiden. So gesehen ist sie von seinem Umgang mit dem Besitz nicht abhängig.

-
- 1) Zumeist werden Art. 6 GG, §§ 1553, 823 BGB zitiert. Nach der letzten BGH-Entscheidung, FamRZ 1963, 553 ff., ist der Anspruch "überwiegend" aus Art. 6 GG herzuleiten.
 - 2) JuS 1961, 138 r.Sp. unten; vgl. ferner die Anm. der Schriftleitung der FamRZ zu BGH, FamRZ 1963, 553, wo die Frage aufgeworfen wird, ob die Klage nicht auch auf besitzrechtliche Normen zu stützen gewesen wäre. Ebenso in FamRZ 1956, 51.
 - 3) LG Münster, MDR 1955, 104 = FamRZ 1955, 137; LG Zweibrücken, FamRZ 1964, 266.

c) Das "Hausrecht".

Schließlich ist auch das "Hausrecht" an der Ehwohnung, daß dem Besitz entspringt¹⁾, ein Indiz für die Vollwertigkeit des Mitbesitzes der Ehefrau. Das Hausrecht steht nämlich beiden Ehegatten gemeinsam zu²⁾, ohne daß es darauf ankäme, wer von ihnen Mieter oder Eigentümer der Wohnräume ist. Müssen sie es auch nicht gemeinsam ausüben, so kann andererseits keiner von beiden das Recht willkürlich gegen den Willen des anderen Ehegatten durchsetzen. Wiederum ist die Ehefrau infolge ihres tatsächlichen Mitbesitzes nicht von den Entschlüssen ihres Mannes abhängig, soweit sie auf eine mißbräuchliche Ausübung des Hausrechts hinauslaufen. Sie brauchte es sich beispielsweise nicht gefallen zu lassen, wenn ihr Mann eine Gesellschaft mit in die Wohnung bringt, die er auf einem nächtlichen Karnevalstreiben kennengelernt hat. Ihr Widerspruch gegen das Eindringen der ausgelassenen Fremdlinge zur Nachtzeit wäre deshalb erheblich³⁾, weil hier die Grenzen der zumutbaren Duldung der Anwesenheit nach den Umständen und den Anschauungen der beteiligten Bevölkerungskreise überschritten sind. Die "Besucher" machen sich

1) RGSt 36, 322 (323); RGSt 57, 139; Werner, Leipziger Kommentar, § 123, III, 2.; Kreymer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 44.

2) Schönke/Schröder, § 123, III, 1. a), Randn. 13; Maurach, bes. Teil, § 23, II, A, 3. b).

3) OLG Hamm, NJW 1955, 761 = FamRZ 1955, 361, für einen Fall, in dem die Frau die Störung verursacht hatte.

des Hausfriedensbruchs schuldig, wenn sie trotz des Widerspruchs der Frau in der Wohnung verweilen. Ihnen wird nicht einmal ein Verbotsirrtum zugute zu halten sein.

d) Die Rechtsprechung zu § 29 MSchG.

Ein letzter Beweis dafür, daß die Ehefrau in ihren Rechten bezüglich der Wohnung nicht schlechter gestellt sein kann als ein Untermieter, soll anhand der neuesten Rechtsprechung des BGH¹⁾ zu § 29 MSchG geführt werden.

§ 29 MSchG betrifft den Fall, daß der Mieter einer unter Mieterschutz stehenden Wohnung Mieträume oder das gewerblich unbebaute Grundstück untervermieten will. Das Gesetz sieht vor, daß die hierzu erforderliche Erlaubnis von dem Vermieter nur aus einem wichtigen Grund verweigert werden kann. Nach Satz 2 der Bestimmung kann das Mieteinigungsamt die Erlaubnis auf Antrag des Mieters ersetzen.

Die vom BGH zu entscheidende Frage war, ob auch die Aufnahme einer Ehefrau²⁾ in die Wohnung, die der Ehemann seinerzeit als Junggeselle allein gemietet hatte, unter § 29 MSchG fällt, d.h., ob das Mieteinigungsamt den sich sträubenden Vermieter durch eine zwangsweise erteilte Benutzungsgenehmigung übergehen kann.

Das OLG Stuttgart hatte sich in seinem Urteil vom 23. 5. 1958³⁾ dagegen ausgesprochen. Das OLG Schleswig wollte die Frage be-

1) BGHZ 40, 252 = NJW 1964, 403 = FamRZ 1964, 138 = Betrieb 1964, 56.

2) Im entschiedenen Fall war es der Ehemann.

3) Abgedr. in MW 1958, 185.

jahren und legte sie deshalb dem BGH vor¹⁾, der über die §§ 47 MSchG, 28 Abs. 2 und 3 FGG dahin entschied, daß § 29 MSchG entsprechende Anwendung finde, wenn ein Mieter nach Verheiratung seinen Ehegatten in seine Wohnung aufnehmen wolle. Trotz des Wortlauts der Vorschrift, die nur auf den Fall der Untervermietung abzustellen scheine, sei sie infolge der Gleichheit der Interessenlage auch für die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung entsprechend anzuwenden²⁾. Für einen verheirateten Mieter sei vor allem von Bedeutung, daß ihm die Möglichkeit eröffnet werde, seinen Ehegatten in die Wohnung aufzunehmen, und daß er dieses Ergebnis auch gegen den Widerspruch des Vermieters erreichen könne. Für die Annahme, daß der Gesetzgeber ein so augenfälliges und schwerwiegendes Interesse der Mieter habe außer acht lassen und mit § 29 MSchG nur das Bestreben des Mieters, sich durch Untervermietung eine Einnahmequelle zu schaffen, habe schützen wollen, bestehe kein Anhalt.

Diese Rechtsprechung zeigt, daß der Ehegatte in Bezug auf die Wohnung schon vor seinem Einzug nicht weniger Rechte haben soll als ein Untermieter.

e) Zwischenergebnis.

Die vorangehenden Ausführungen über die Vollwertigkeit des Mitbesitzes der Ehegatten an

1) Vorlagebeschluß in NJW 1963, 1848.

2) Ebenso Bettermann, § 2, Randn. 296.

der von beiden benutzten Wohnung haben ergeben, daß sich der Mitbesitz durch nichts von dem Mitbesitz sonstiger, in Wohngemeinschaft lebender Dritter unterscheidet. Die Frau ist weder Besitzdienerin, noch ist ihr Mitbesitz abgeschwächt oder unselbständig. Dabei kommt es auf den Güterstand, in dem die Eheleute leben, ebensowenig an, wie darauf, wer von beiden Ehegatten die Wohnung gemietet hat. Auch der Ehegatte, der nicht Partei des Mietvertrages geworden ist, hat einen vollwertigen Mitbesitz, der zugleich einen vollstreckungsrechtlich erheblichen Mitgewahrsam darstellt. Die Erörterungen über einen akzessorischen, lediglich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft abgeleiteten abgeschwächten Mitbesitz gehen fehl.

An dieser Stelle schon eine endgültige Entscheidung über den Mitbesitz als Vollstreckungshindernis im Sinne des § 886 ZPO und das Erfordernis eines Doppeltitels zu treffen, wäre jedoch verfrüht. Es muß vielmehr als nächstes geprüft werden, ob es dem Sinn und Zweck des prozessualen Vollstreckungsgrundsatzes entspricht, daß in den Gewahrsam eines herausgabeunwilligen Dritten ohne Titel nicht vollstreckt werden darf. Passen die §§ 809, 886 ZPO auf den Ehegatten? Ist er der "Dritte" oder auch ein "Dritter", an den der Gesetzgeber hierbei gedacht hat?

5) Entspricht das Ergebnis
dem Sinn der ZPO?

Diese Frage steht - oft unausgesprochen, aber unverkennbar - über fast allen Erörterungen, die nach dem Kriege über den Mitgewahrsam

der Eheleute und seine Bedeutung für die Mobiliarpfändung und die Räumungsvollstreckung geführt worden sind. Die Überlegung war - vereinfacht ausgedrückt - etwa die, daß die Bestimmungen über das Vollstreckungshindernis des Mitgewahrsams eines Dritten auf Eheleute nicht so recht zu passen vermöchten, weil die üblichen Drittberechtigten Außenstehende sind, die mehr oder weniger zufällig auf kürzere oder längere Zeit in den Rechtskreis des Schuldners eingetreten sind, während Eheleute mehr eine ständige, für das ganze Leben bestimmte Einheit darstellen.

Deutlich erkennbar wird dieser Gedanke bei Baur¹⁾, wenn er ausführt, die bisherigen Lösungsversuche litten darunter, daß man die Frage allzusehr unter zivilrechtlichen Aspekten gesehen, die vollstreckungsrechtlichen aber außer acht gelassen habe. Es komme nicht darauf an, wen das bürgerliche Recht als Besitzer der Ehewohnung ansehe, sondern wen das Vollstreckungsrecht als räumungspflichtig, als Schuldner der Räumungsvollstreckung behandle. Das Gesetz knüpfe nicht streng an die zivilrechtlichen Begriffe an, sondern stelle darauf ab, wer faktisch in der Lage sei, die Sache herauszugeben. Treffend ist in diesem Zusammenhang die Konzession Baur's, daß es sich mit keiner Kunst vermeiden lasse, daß die zivilrechtliche Betrachtungsweise zu einem Doppeltitel gegen Mann und Frau führen müsse.

1) In seiner Anm. zum Urteil des LG Tübingen, JZ 1965, 108 (109).

Die Auseinandersetzung mit dieser, den Kern der Dinge treffenden Betrachtungsweise mündet in die Frage: Ist es eigentlich sinnvoll, einen Doppeltitel bei der Räumungsvollstreckung zu verlangen?

Die Frage ist zu bejahen. Der Doppeltitel läßt sich nicht nur nicht vermeiden, sondern es besteht auch keine Veranlassung, ihn zu vermeiden. Hier liegt der wesentliche Unterschied zu der Ansicht¹⁾, die zwischen 1953 und 1958 der Mitgewahrsam der Ehegatten für die Mobilienzwangsvollstreckung zu überwinden suchte, zu der²⁾, die es heute noch für die Räumungsvollstreckung zu können glaubt. Denn für die Pfändung beweglicher, gemeinsam benutzter Sachen bestand nach Einführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes für den Zeitraum, in dem § 739 n.F. ZPO noch nicht galt, ein wirkliches Bedürfnis, den ehelichen Mitgewahrsam in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht zu umgehen, weil es einerseits einfach keinen anderen Weg gab³⁾, wenn nicht das Mobilier unpfändbar werden sollte, und weil andererseits die bloße Berufung auf den Mitgewahrsam in der Tat auf eine reine Prozeßverzögerung ohne materielle Berechtigung hinauslief.

1) Pohle, MDR 1954, 705 ff. und MDR 1955, 1 ff.; OLG Celle, NdsRpfl. 1955, 214 = FamRZ 1956, 121 (Leits.) = DGVZ 1956, 22.

2) Schmidt-Futterer, MDR 1962, 700 ff. mit weiteren Nachweisen; zuletzt LG Tübingen NJW 1964, 2021 = FamRZ 1964, 633 = JZ 1965, 107.

3) Die Problematik war damals so umstritten, daß nicht einmal die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher eine Stellungnahme dazu enthielt; vgl. Noack DGVZ 1956, 50 l.Sp.

a) Parallele zur Mobiliarvoll-
streckung zwischen
1953 und 1958.

aa) Duldungstitel.

Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG geriet die Zwangsvollstreckung gegen Eheleute, insbesondere die Pfändung einer gemeinsam benutzten Sache auf Grund eines Titels gegen nur einen Ehegatten, mehr und mehr in Schwierigkeiten. Maßfeller¹⁾, Arnold²⁾ und Knopp³⁾ griffen als erste den Gedanken auf, bei beabsichtigter Vollstreckung in eine von beiden Eheleuten gemeinsam benutzte Sache den nichtschuldenden Ehegatten in "rechtsschöpferischer Ausgestaltung des § 739 a.F. ZPO"⁴⁾ zur Duldung der Zwangsvollstreckung zu verurteilen. Dieser Gedanke war auch früher schon bei vereinbarter Gütertrennung gelegentlich bejaht worden⁵⁾. Seine Schwierigkeiten bestanden darin, daß sich eigentlich keine Anspruchsgrundlage für ein Duldenmüssen fand⁶⁾, während von anderen

1) Betrieb 1953, 290 und 589.

2) MDR 1953, 328.

3) NJW 1953, 1210 (1211); ebenso Bosch, Rpfleger 1954, 79 l.Sp.

4) Arnold, MDR 1953, 328.

5) Müller, JW 1920, 695; KG in OLGE 15, 160; 20, 334; Lupprian, ZZP 62, 332 ff.

6) So schon in OLGE 25, 196; ferner Lent, ZZP 70, 405 oben.

wiederum das Rechtsschutzbedürfnis hierzu verneint wurde. Auf ein näheres Eingehen hinsichtlich der Anspruchsgrundlage wurde deshalb meist verzichtet und mit der "einzig bleibenden Möglichkeit"¹⁾ argumentiert²⁾.

In der Tat hatte der alte Duldungstitel, wie ihn der außer Kraft getretene § 739 ZPO vorsah, mit dem Duldungstitel, den man jetzt in entsprechender Anwendung aus ihm ableiten wollte, wenig mehr als den Namen gemein³⁾. § 739 a.F. ZPO war nicht geschaffen worden, um den Gewahrsam bzw. Mitgewahrsam des Mannes zu überwinden. Vielmehr war beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung ein solcher Titel erforderlich, damit das Gericht feststellen konnte, ob das eingebrachte Gut, an dem der Mann das Recht zur Inbesitznahme und Verwaltung hatte, für die eingeklagte Verbindlichkeit der Frau haftete. Durch die Verurteilung zur Duldung wurde der Mann Schuldner im Sinne des § 808 ZPO und konnte nunmehr aus der Tatsache, daß er an diesen Sachen Allein- oder Mitgewahrsam hatte, keine Einwendungen mehr herleiten. Das war aber nur eine mittelbare Folge. Einen Anspruch mit dem alleinigen Ziel, einen Dritten zu verurteilen, daß er im Zwangsvollstreckungsverfahren seine Rechte aus einem bestehenden Allein- oder Mit-

1) Knopp, NJW 1953, 1210.

2) Auch bei Müller, JW 1920, 695, klingen diese Überlegungen schon an, wenn er bei der Suche nach einer Anspruchsgrundlage ausführt, am leichtesten habe es der, der die Notwendigkeit des Anspruchs für die actio genügen lasse.

3) Pohle, MDR 1955, 3, r.Sp. unter c.).

gewahrsam nicht geltend machen dürfe, hatte es noch nie gegeben und war ein unbrauchbares Novum. Es bedarf einer materiellrechtlichen Grundlage für die Verurteilung zur Duldung.

bb) Pfändung und Überweisung
des Herausgabeanspruchs.

Der zweite vorgeschlagene Ausweg zur Überwindung des Mitgewahrsams der Ehefrau lief darauf hinaus, der Gläubiger solle den Anspruch des Mannes auf Herausgabe der gemeinsam benutzten Sache (meistens Hausrat) nach den §§ 846 ff. ZPO pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen¹⁾. Er erwies sich ebenfalls als undurchführbar. Wenngleich das OLG Neustadt²⁾ hierin noch die einzig legale Möglichkeit sah, weil für den Güterstand der Gütertrennung in der ZPO keine Vorschriften vorhanden seien, die eine Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gut der Frau ermöglichen könnten, war dieser Weg von erheblicher Umständlichkeit.

Drei Hindernisse waren bei störrischen Schuldnern bis zum Ziel zu überwinden: eine Forderungspfändung, ein Herausgabeprozeß und schließlich die Wegnahme der Sache selbst.

Als viertes konnte das Offenbarungseidsverfahren hinzukommen, denn meist wird der Gläubiger gar nicht wissen, ob und welche Sachen des

1) Breetzke, NJW 1953, 734; auch schon die frühere Rechtsprechung: OLG Karlsruhe, OLGE 14, 171; KG 1927, 1221.

2) NJW 1953, 989; ebenso KG, DGVZ 1953, 185, das seine Rechtsprechung jedoch in NJW 1957, 1768 = Ryfleger 1957, 415 = FamRZ 1957, 431 aufgab.

Schuldners sich im Allein- oder Mitgewahrsam des Ehegatten befinden. Die beim vergeblichen Pfändungsversuch vom Gerichtsvollzieher beim Schuldnerhepaar gemachten Feststellungen sind eine unsichere und unvollständige Erkenntnisquelle. Zudem müssen die herauszugebenden Sachen für das Pfändungsgesuch und die Klage bestimmt genug bezeichnet werden, anderenfalls die Rechtswirksamkeit in Frage gestellt war¹⁾, und ein Herausgabeurteil ohne genaue Bezeichnung der herauszugebenden Sachen nicht vollstreckbar ist.

Abgesehen von diesen Schwierigkeiten und der Umständlichkeit des Verfahrens war vor allem schon fraglich, ob ein zu pfändender Herausgabeanspruch des einen Ehegatten gegen den anderen überhaupt bestand. Von vornherein konnte nur ein solcher aus Eigentum in Betracht kommen, bezogen auf Gegenstände, die dem schuldenden Ehegatten von vornherein gehörten, ihm während der Ehe zu Alleineigentum übertragen wurden oder durch Surrogation, § 1370 n.F. BGB, in sein Eigentum fielen. Die Problematik dieses formalen Anspruchs lag darin, daß der nicht schuldende Ehegatte aus § 986 BGB den Einwand erheben konnte, er sei dem schuldenden Ehegatten gegenüber zum (Mit)besitz berechtigt und könne nicht gezwungen werden, die gemeinsame eheliche Habe aufzugeben. Aus diesem Grunde verneinte Bosch²⁾ das Bestehen eines Herausgabeanspruchs .

1) BGHZ 13, 42, für die Forderungspfändung.

2) Rpfleger 1954, 78 r.Sp. unten, 79, 1.Sp. oben.

Knopp¹⁾ und Pohle²⁾ setzten sich mit dem Einwand aus § 986 BGB näher auseinander und versuchten ihn aus der ehelichen Lebensgemeinschaft abzuleiten. Dabei gelangten sie zu entgegengesetzten Ergebnissen.

Knopp meinte, die eheliche Lebensgemeinschaft und die Pflichten daraus würden zumeist ergeben, daß der nichtschuldende Ehegatte es nicht zu dulden brauche und den Einwand aus § 986 BGB habe, wenn die Wegnahme der Sachen die wirtschaftliche Vorbedingung für die häusliche Gemeinschaft der Parteien zerstören würde. Es könne nämlich nicht der Wille des Gesetzes sein, einem Ehegatten, dem es die Rechtspflicht zu einem dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden Verhalten auferlegt, die gegen diese Verpflichtung verstoßende Durchsetzung eines vermögensrechtlichen Anspruchs zu ermöglichen.

Pohle folgert genau umgekehrt. Wenn ein Schuldner seine Habe zur Tilgung seiner Schulden verwenden wolle, handele er pflichtbewußt und redlich, und sein Ehegatte habe hierfür Verständnis aufzubringen und ihn in seinem Bemühen möglichst zu unterstützen³⁾. Über die damit vielleicht verbundene Einschränkung des Lebensstandards müsse er sich hinwegsetzen. Eheleute müßten nicht nur die guten, sondern auch die schlechten Tage teilen. Bei derartiger Begründung bestehe daher grundsätzlich ein Herausgabeanspruch.

1) NJW 1953, 1211.

2) MDR 1955, 1 r.Sp.

3) Ähnlich Berner, Rpfleger 1958, 204 r.Sp.

Diese Ausführungen mögen genügen, um zu zeigen, wie fraglich und unsicher auch dieser Weg war. Er konnte das Problem nicht befriedigend lösen¹⁾.

cc) Vollstreckung ohne Beachtung
des Mitgewahrsams.

Unter diesen Umständen leuchtet es ein, daß sich die Erkenntnis durchsetzte, die §§ 808, 809 ZPO dürften einer Pfändung nicht entgegenstehen, soweit nur der aus dem ehelichen Zusammenleben begründete Mitgewahrsam des Ehegatten des Schuldners in Frage stand²⁾.

Den zum Teil voneinander abweichenden Begründungen ist eines gemeinsam: Sie waren von der Erkenntnis bestimmt, daß es für das Mobiliarzwangsvollstreckungsverfahren in der Zeit, in der § 739 n.F. ZPO noch nicht galt, eine Notwendigkeit war, den Mitgewahrsam des nichtschuldenden Ehegatten zu überwinden. Dieses unabweisbare Bedürfnis schrieb das Ergebnis vor.

Bestand damals einerseits ein unabweisbares Bedürfnis nach einer praktikablen Lösung im Sinne des unter cc) dargestellten Vorschlags, so darf man andererseits nicht vergessen, daß die "Vollstreckung pure" nicht im Einklang mit dem Gesetz stand. Allein die Schaffung des

1) Reinicke, NJW 1955, 228, Anm. zu einem Urteil des LG Ansbach.

2) Beitzke, ZZP 68, 241 ff.; Pohle, MDR 1955, 1 ff.; OLG Hamm, NJW 1956, 1681 = FamRZ 1957, 53; KG, NJW 1957, 1768 = Rpfleger 1957, 415 = FamRZ 1957, 431 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

§ 739 n.F. ZPO beweist, daß der Gesetzgeber den ehelichen Mitgewahrsam für bedeutsam hielt. Nach der Ansicht unter cc) wäre die neue Bestimmung weitgehend überflüssig gewesen. Da aber der Gesetzgeber in Kenntnis der bestehenden Problematik keine überflüssigen Vorschriften erläßt, ergibt sich daraus, daß der Mitgewahrsam eines Ehegatten ohne den neuen § 739 n.F. ZPO ein Vollstreckungshindernis darstellen würde. Es verwundert deshalb auch nicht, wenn die Kommentare zur Zivilprozeßordnung¹⁾ seine Bedeutung in diesem Sinne hervorheben.

Die damaligen Erörterungen ließen auch erkennen, daß sie eine Notlösung darstellten. So hatte Bosch²⁾ schon damals erklärt, die Behauptung, der Mitgewahrsam der Ehegatten sei kein Vollstreckungshindernis, sei unbeweisbar³⁾. Wenn man nicht zu dem Ergebnis kommen wolle, daß Sachen innerhalb einer Ehewohnung faktisch unpfändbar seien, bliebe nur, praeter legem anzuerkennen, daß jeder Ehegatte gegenüber dem Gläubiger des anderen Ehegatten materiellrechtlich verpflichtet sei, die Zwangsvollstreckung in die Sachen des Ehepartners trotz

1) Baumbach/Lauterbach, § 739, Bem. 1); Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 739, I 3.; Wieczorek, § 739, G und G II; Thomas/Putzo, § 739, 3. u. andere; vgl. auch Weber, Rpfleger 1959, 179 r.Sp.; OLG Stuttgart, FamRZ 1963, 297 (nur Leitsatz) = Die Justiz 1963, 143 = DGVZ 1963, 152 (153 r.Sp.).

2) Rpfleger 1954, 78, 79.

3) Auch das LG Berlin, DGVZ 1956, 186 kommt daran nicht vorbei. Ähnlich AG Hamburg, DGVZ 1956, 187, das die Gegenansicht als in eindeutigen Widerspruch zu der zwingenden gesetzlichen Vorschrift des § 809 ZPO stehend ansieht, die in ihrer Begründung allein auf Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen gestützt sei.

Mitgewahrsams hieran zu dulden.

Noch deutlicher hat Kremer¹⁾ von der von ihm selbst vertretenen Ansicht gesagt, es handle sich um eine klare Durchbrechung der §§ 808, 809 ZPO, die durch die einmalige Situation des gegenwärtigen Familienrechts gerechtfertigt sei!

Wie anders stellt sich die Mitgewahrsamsproblematik bei der Räumungsvollstreckung dar.

Zunächst hat der Vermieter und Kläger eine einwandfreie materielle Anspruchsgrundlage gegen beide Ehegatten.

Haben beide Eheleute die Wohnung gemietet - wann das der Fall ist, wird bei den Gegenrechten der Ehefrau erörtert werden -, so kann der Vermieter, wo das MSchG nicht mehr gilt, beiden gegenüber nach den §§ 553 ff. BGB kündigen und von beiden die Wohnung gemäß den §§ 556 Abs. 1, 985 BGB herausverlangen. Anderenfalls muß er bei beiden gegenüber das Aufhebungs- und Räumungsverfahren nach dem MSchG betreiben.

Hat nur ein Ehegatte die Wohnung gemietet, so kündigt er diesem gegenüber und verlangt von beiden Herausgabe. Die Anspruchsgrundlage gegen den Nichtmieterehegatten ist § 556 Abs. 3 BGB oder § 985 BGB.

Im Mieterschutzverfahren würde er beantragen, zu erkennen

- 1) Das zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) bestehende Mietverhältnis wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1) Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 132.

- 2) Der Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) werden verurteilt, die Wohnung, bestehend aus als Gesamtschuldner zu räumen und an den Kläger herauszugeben.

Abgesehen von der materiellen Anspruchsgrundlage ist es auch sonst für alle Beteiligten sinnvoll, einen Doppeltitel zu verlangen, weil eine anders geartete Interessenlage besteht.

- b) Die unterschiedliche Interessenlage bei der Mobiliar- und bei der Räumungsvollstreckung.

In der Entscheidung des LG Tübingen¹⁾ lag es so, daß die Ehefrau gegen ihre Verurteilung protestierte, weil sie doch gar nicht verurteilt zu werden brauchte, da ein Titel gegen ihren Mann ausreiche.

Man könnte hieraus den Eindruck gewinnen, es ginge um eine überflüssige, formale Verurteilung, die die Ehefrauen gar nicht wünschten, seien sie doch in aller Regel bereit, sich dem Urteil gegen den Mann zu fügen, ohne daß sie auch noch mit unnützen Kosten belastet werden wollten.

Dies als den regelmäßigen Hintergrund der Verfahren anzunehmen, bei denen es um den Mitgewahrsam der Ehefrau im Rahmen einer Räumungsvollstreckung geht, wäre jedoch verfehlt.

1) NJW 1964, 2021 = FamRZ 1964, 633 = JZ 1965, 107.

Vielmehr liegt es in den allermeisten Erinnerungs- bzw. Widerspruchsverfahren so, daß die Ehefrauen auf die Einhaltung ihrer Rechte bestehen, darauf pochen, daß ohne einen Doppeltitel gegen sie nicht vollstreckt werden dürfe.

Dabei muß man sich zunächst den wirtschaftlichen Unterschied vor Augen halten. Geht es bei der Mobiliarvollstreckung um einzelne bewegliche Sachen, so steht hier die wohnliche Existenz der Familie auf dem Spiel.

Selbst wenn damals wie heute bei der Pfändung beweglicher Sachen der Mitgewahrsam des Nichtschuldners Ehegatten unbeachtlich sein soll, so besteht doch immer noch das Korrektiv des § 811 ZPO mit der Besonderheit, daß bei den für die Familie geschützten Gegenständen auch der nichtschuldende Ehegatte für den Rechtsbehelf der Erinnerung aktiv legitimiert ist¹⁾. Hier ist die Ehefrau immer noch vor einer Kahlpfändung geschützt.

Bei der Räumungsvollstreckung gibt es ein solches Korrektiv nicht. Die Ehefrau soll nicht einmal das Recht haben, einen Räumungsschutzantrag nach § 30 WBewG zu stellen²⁾. Um wieviel wichtiger ist es, im Bezug auf die Wohnung, deren Unverletzlichkeit zudem verfassungsrechtlich garantiert ist (Art. 13 Abs. 1 GG) die genaue Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu fordern.

1) LG Ansbach, NJW 1955, 228 = FamRZ 1955, 117; LG Limburg, FamRZ 1955, 301; LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1963, 650 = DGVZ 1963, 101 mit Anm. von Mümmler mit weiteren Nachweisen; etwas einschränkend OLG Stuttgart, FamRZ 1963, 297 (nur Leitsatz) = Die Justiz 1963, 143 = DGVZ 1963, 152.

2) LG Bonn, ZMR 1963, 21; OLG Frankfurt, WM 1955, 105; Fellner/Fischer, § 30, Anm. 2., Randn. 4.

Deswegen kann auch dem Widerspruch der Ehefrau, sich einem Titel gegen den Mann fügen zu müssen, keineswegs der Einwand der Arglist entgegengesetzt werden. Die Vollstreckungsschranken der §§ 808, 809, 885, 886 ZPO sind rein formal und müssen eingehalten werden. In der bloßen Berufung auf eine Formalvorschrift kann in aller Regel ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht gesehen werden¹⁾. Die Vorschriften sind von einer rechtsstaatlich orientierten Rechtsprechung zu beachten. Jeder, dem gegenüber die Bestimmungen verletzt werden, kann sich auf sie berufen. Treu und Glauben bzw. der Vorwurf der Arglist können nicht dazu dienen, um den Vollstreckungszwang gegen eine Person zu schaffen, gegen die der Gläubiger den erforderlichen Titel nicht erwirkt hat, mag es sich auch um die Ehefrau des Schuldners handeln.

Auch der Einwand, daß bei Schaffung der ZPO andere Vorstellungen über den Mitgewahrsam unter Eheleuten herrschten, ist nicht stichhaltig. Für die Mobiliarzwangsvollstreckung hat sich der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 739 n.F. ZPO den veränderten Verhältnissen angepaßt. Die Bestimmungen über die Räumungsvollstreckung hat er unverändert gelassen. Deshalb müssen sie beachtet werden; da sie klare und billige Lösungen ermöglichen, sind sie nicht einmal de lege ferenda zu ändern.

In diesem Zusammenhang ist schließlich

1) KG in JW 1927, 1221 mit zutreffender Anm. von Oertmann; Schumacher, DGVZ 1963, 152 l.Sp.; verfehlt KG in NJW 1957, 1768.

auf einen Punkt hinzuweisen, der bisher so gut wie gar nicht beachtet worden ist. Wenn gegen Eheleute die Räumung einer Wohnung im Klage- und Vollstreckungswege durchgesetzt werden muß, dann ist häufig das eheliche Band der Beklagten nicht mehr intakt. Der Zerfall wird häufig schon so weit fortgeschritten sein, daß die Eheleute kurz vor einer Trennung stehen und der Ehemann sowie so die Absicht hat, sich eine eigene Wohnung oder ein eigenes Zimmer zu beschaffen. Ihm als dem verdienenden Teil der Familie wird das leichter fallen als seiner Frau; vielleicht hat er sich schon während des Erkenntnisverfahrens erfolgreich umgesehen. Dann liegen folgende Möglichkeiten auf der Hand: er läßt Versäumnisurteil gegen sich ergehen, er erkennt den Anspruch an, er vergleicht sich oder betreibt den Prozeß sonst so nachlässig, daß der Kläger ein leichtes Spiel hat¹⁾.

Hier zeigt sich ganz deutlich, welche Nachteile der Ehefrau drohen und wie es auch bei einer wirtschaftlichen Würdigung der Dinge durchaus sinnvoll ist, einen Doppeltitel für die Vollstreckung zu verlangen. Auf diese Weise könnte es dem Kläger anderenfalls allzu leicht gemacht werden, die Ehefrau ihrer wohnlichen Existenz zu berauben. Die Ehefrau darf hierbei ebensowenig auf Gedeih und Verderb dem Mann ausgeliefert sein, wie es bei einer Kündigung der Fall ist. Hierzu ist mit Recht entschieden worden²⁾, daß

1) Die einzige Entscheidung, die diese Überlegung anklingen läßt, ist, soweit ersichtlich, LG Braunschweig, NdsRpflge 1954, 183 = FamRZ 1954, 258 (nur Leitsatz); ferner Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 142.

2) LG Bamberg, FamRZ 1957, 258 mit Anm. von Bosch und Brühl; ähnlich für den Untermieter LG Köln, MDR 1954, 420.

die Kündigung eines vom Ehemann allein geschlossenen Mietvertrages dann sittenwidrig sei, wenn der Ehemann von seiner Familie getrennt lebt, Ehescheidungsklage erhoben hat und wenn diese Kündigung der Familie das Heim entzieht. Auch dieser Vergleich spricht für das Erfordernis eines Doppeltitels.

c) Die Vorteile des Doppeltitels.

Die mannigfaltigen Vorteile des Doppeltitels liegen auf der Hand.

Für den Kläger fällt die bisher bestehende Rechtsunsicherheit in zweifacher Hinsicht weg. Er braucht keine Überlegungen über das Rechtsschutzbedürfnis in der Richtung anzustellen, ob sich die Ehefrau dem Urteil gegen den Mann fügen wird. Nachforschungen hierüber vor Klageerhebung entfallen. Der Kläger braucht sich des weiteren keine Gedanken über die Frage zu machen, ob die Ehefrau als Mitmieterin anzusehen ist oder nicht¹⁾, da er stets beide Eheleute verklagt. Wo allerdings das MSchG noch gilt und auf Mietaufhebung geklagt werden muß, kann dieser Antrag nur gegenüber der wirklichen Mietpartei gestellt werden; für den in diesen Fällen stets nachfolgenden Antrag auf Herausgabe und Räumung bleibt es jedoch dabei, daß er sich gegen beide Eheleute zu richten hat.

Die bisher zusätzlich aufgetretenen Fragen, wie es sei, wenn der Ehemann vor oder während

1) Vgl. LG Siegen, FamRZ 1956, 110 = MDR 1956, 167.

des Rechtsstreits auszieht¹⁾ oder sich scheiden läßt²⁾, werden ebenfalls bedeutungslos. Insbesondere fällt die Problematik weg, ob der zunächst nur gegen einen Ehegatten ergangene Titel auf den anderen Ehegatten umgeschrieben werden kann. Die Frage der vorangegangenen Trennung der Eheleute konnte sich bisher noch dahin komplizieren, daß der Auszug des Ehemannes ein vorübergehender oder ein dauernder sein konnte, daß ihm eine feindliche oder eine freundliche Gesinnung (auswärtige Arbeit) zugrundeliegen konnte. Schließlich kam noch der Fall hinzu, daß die Eheleute eine räumliche Trennung innerhalb der Wohnung vorgenommen hatten³⁾.

Nach der hier vertretenen Ansicht verklagt der Vermieter stets beide Eheleute. Er gibt die vorgerichtliche Korrespondenz oder ist dem Vermieter sonst bekannt, daß ein Ehegatte mit der Absicht, die eheliche Lebensgemeinschaft auf Dauer aufzuheben, ausgezogen ist, so wird der freiwillig weichende Ehegatte nicht auf Herausgabe verklagt; wohl aber wird ihm gegenüber gekündigt bzw. die Aufhebung des Mietverhältnisses beantragt, wenn er Mieter (Mitmieter) ist. Tritt dieser Fall während des Erkenntnisverfahrens ein, bietet sich den Parteien die Möglichkeit, den Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache für er-

1) Hierzu OLG Düsseldorf, ZMR 1957, 144 und MDR 1960, 234; LG Mannheim, NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = DGVZ 1963, 104 = Die Justiz 1963, 93; AG Berlin-Neukölln, DGVZ 1951, 58.

2) LG Berlin, HuW 1952, 186.

3) Einen solchen Fall behandelt die Entscheidung des LG Wiesbaden in NJW 1955, 225.

ledigt zu erklären.

Für die Ehefrau ergibt sich der Vorteil, daß sie als Partei ihre Rechte selbständig wahren und insbesondere Räumungsschutzanträge stellen kann.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, was demjenigen Ehegatten zu raten ist, der nicht Mietpartei geworden und von vornherein bereit ist, sich dem Urteil gegen den Mieterhegatten zu beugen, also die Kosten eines Prozesses sparen will.

Eine vorangehende notarielle Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung für den Fall, daß der Mieterhegatte verurteilt wird, kommt nicht in Betracht. § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO erkennt vollstreckbare Urkunden nur insoweit an, als sie die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand haben.

Auch die Erklärung der Ehefrau gegenüber dem Kläger vor Klageerhebung, sie werde sich in die Verurteilung ihres Mannes fügen, kann nur insoweit Erfolg haben, als der Kläger von der Verklagung auch der Ehefrau freiwillig Abstand nimmt. Denn das Rechtsschutzbedürfnis geht der Klage damit noch nicht verloren, weil die Räumungsschuldner erfahrungsgemäß, sofern ihnen eine genehme Ersatzwohnung nicht zur Verfügung steht, im Vollstreckungsverfahren mit Nachdruck um eine Verzögerung der Räumung bemüht sind. In gleicher Situation wäre auch der nicht verurteilte Ehegatte trotz seiner entgegengesetzten, ihn aber rechtlich nicht verpflichtenden Erklä-

rung¹⁾ versucht, der Räumungsvollstreckung im Ernstfall dennoch zu widersprechen²⁾ und sie mit allen Mitteln in die Länge zu ziehen.

Deshalb kann auch bei einem sofortigen Anerkenntnis der Ehefrau im Sinne des § 93 ZPO, selbst wenn sie vorher erklärt haben sollte, sich dem Urteil gegen den Mann fügen zu wollen, nicht gesagt werden, daß sie keine Veranlassung zur Klage gegeben hätte. Sie gibt stets Veranlassung zur Klage, wenn sie der dem Prozeß vorausgehenden Aufforderung an beide Eheleute, die Wohnung zu räumen, nicht mit ihrem Mann nachkommt, weil der Kläger einen Titel auch gegen sie braucht und durch entsprechende Zusicherungen im Ernstfall nicht gedeckt ist. In diesem Punkte gibt es keine andere Abhilfe³⁾, als freiwillige Räumung.

Der Ehefrau bleibt es unbenommen, den Vermieter von ihrer Redlichkeit zu überzeugen und zu erreichen, daß es von einer Verklagung ihrerseits Abstand nimmt. Hierzu kann eine in einer notariellen Urkunde⁴⁾ versprochene Konventionalstrafe beitragen. Im übrigen wird sich der Vermieter bei einem ihm günstigen Vergleichsangebot vor Gericht meist auch zu einer den Beklagten günstigen Kostenverteilung bereit finden.

1) Richtig LG Mainz, NJW 1953, 1108 r.Sp.

2) Das kann sie nach der hier vertretenen Auffassung auf verschiedene Weise. Einzelheiten unter 9).

3) Die Ehefrau muß auch die Nachteile ihrer rechtlichen Aufwertung in Kauf nehmen.

4) Das ist zulässig; RGZ 132, 7.

6) Eheschließung während des
Verfahrens.

Die hier vertretene Ansicht über das Erfordernis eines Doppeltitels in allen Fällen wirft die Frage auf, wie zu verfahren ist, wenn der Mieter während des Räumungsrechtsstreits oder nach rechtskräftiger Verurteilung heiratet und seinen Ehegatten in die Wohnung aufnimmt.

Für diesen sicherlich seltenen Fall ist der Gedankengang Schmidt-Futterers¹⁾ und des LG Mannheim²⁾ in Betracht zu ziehen, den diese allerdings für den umgekehrten Fall des Getrenntlebens nach Rechtshängigkeit entwickelt haben. Die Genannten - Schmidt-Futterer ist Beisitzer der beschließenden Kammer - erleichtern dem Kläger die Rechtsverfolgung, indem sie es genügen lassen, wenn der Titel gemäß den §§ 727, 325 ZPO gegen den in der Wohnung verbleibenden Ehegatten als Rechtsnachfolger umgeschrieben wird. Die Voraussetzungen der §§ 727, 325 ZPO lägen vor, weil die Ehefrau nach Rechtshängigkeit den unmittelbaren Alleinbesitz an der Ehwohnung erworben habe und ihr getrennt lebender Ehegatte als mittelbarer Besitzer gemäß § 868 BGB anzusehen sei. Zwar könne er die aus dem Mietvertrag vor und nach seiner Aufhebung fließenden Rechte gegen den Willen

1) MDR 1962, 701 r.Sp.

2) NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = DGVZ 1963, 104 = Die Justiz 1963, 93.

des Vermieters im Wege der Rechtsnachfolge nicht rechtswirksam übertragen; er habe aber den unmittelbaren Besitz an der Wohnung in Erfüllung seiner Unterhaltungspflicht seiner Ehefrau bis zur Durchführung der Zwangsvollstreckung überlassen und sei somit mittelbarer Besitzer geblieben. Aus praktischen Bedürfnissen bestehe kein Anlaß, die Vollstreckungsgläubiger bei einem solchen Sachverhalt erneut auf den zeitraubenden Klageweg zu verweisen.

Diese für den Fall der Trennung nach Rechtshängigkeit entwickelte und in der Begründung nicht unbedenkliche Lösung entfällt nach der hier vertretenen Ansicht, wenn der Vermieter von vornherein beide Ehegatten verklagt. Bei endgültigem Auszug des einen hat der Kläger die Möglichkeit, den Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache für erledigt zu erklären.

Ob man für den Fall der Heirat nach Rechtshängigkeit die §§ 325, 727 ZPO dergestalt anwenden kann, daß der Vermieter eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den hinzugezogenen Ehegatten erhalten kann, setzt zunächst voraus, daß in einem Räumungsrechtsstreit die herauszugebende Wohnung die in Streit befangene Sache ist.

In Streit befangen ist eine Sache, wenn auf der rechtlichen Beziehung zu ihr die Sachlegitimation des Klägers oder des Beklagten beruht. Das trifft namentlich zu, wenn Besitz oder Eigentum streitig sind, oder wenn es sich um ein dingliches oder ein sich gegen den jeweiligen Besitzer oder Eigentümer richtendes persönliches Recht handelt¹⁾.

1) RGZ 102, 179.

In aller Regel wird der klagende Vermieter auch Eigentümer des Grundstücks sein und seine Klage auch auf § 985 BGB stützen. Für diesen Fall kann an der Streitbefangenheit der Wohnung kein Zweifel sein. Ist der Kläger ausnahmsweise nicht Eigentümer des Grundstücks (etwa Pächter), so bereitet die Anführung einer dinglichen Anspruchsgrundlage Schwierigkeiten.

Im allgemeinen hat auch der Vorbesitzer gegenüber dem Nachbesitzer eine eingeschränkte dingliche Anspruchsgrundlage: § 1007 BGB. Dieser gilt jedoch seinem ausdrücklichen Wortlauf nach nur für bewegliche Sachen. Ob § 1007 BGB auch auf gemietete Räume entsprechend angewendet werden kann, ist bestritten und als Anwendung der Bestimmung contra legem abzulehnen¹⁾. Wenn der BGH²⁾ die Frage im Jahre 1952 einmal bejaht hat, so ist demgegenüber mit Recht einzuwenden, daß sich die Entscheidung aus den Zeitverhältnissen heraus begründet³⁾. Es fragt sich deshalb, ob sich die Streitbefangenheit für den Fall, daß der Kläger und Vermieter nicht Eigentümer des Grundstücks ist, auch ohne Zuhilfenahme des § 1007 BGB begründen läßt.

Der Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Rückgabe der Sache gemäß § 556 Abs. 1 BGB ist ein obligatorischer. Obligatorische Ansprüche lassen nach einer teilweise vertre-

1) Staudinger/Berg, § 1007, Randn. 18.

2) BGHZ 7, 208 = NJW 1952, 1410.

3) Westermann, § 35, I, 1, S. 180; Erman/
Westermann, § 1007, Bem. 1.

tenen Ansicht¹⁾ den Gegenstand, auf den sie sich beziehen, nicht streitbefangen werden. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, soweit es um die Herausgabe einer Speziessache geht. Der schuldrechtliche Anspruch auf die Rückgabe von Räumen erfährt die zusätzliche Besonderheit, als er, wenn auch nicht rechtlich, so aber doch praktisch zugleich ein Anspruch ist, der sich gegen den jeweiligen Besitzer richtet. Das liegt an der Verstärkung des Herausgabeanspruchs durch § 556 Abs. 3 BGB. Nach dieser Bestimmung kann der Vermieter die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses von jedem Dritten zurückfordern, dem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat. Damit wird der Anspruch praktisch verdinglicht, da ihm alle denkbaren Besitzer ausgesetzt sind. Der bei beweglichen Sachen häufig gegebene Fall, daß die Sache vom Berechtigten weiterveräußert oder doch gutgläubig erworben worden ist, kann hier nicht eintreten. Alle rechtsgeschäftlichen Unterbesitzer oder Rechtsnachfolger unterliegen der Herausgabepflicht des § 556 Abs. 3 BGB. Der Ausnahmefall, daß jemand die Wohnung in Form einer Piraterie eigenmächtig okkupiert hat, soll hier außer Betracht bleiben²⁾.

1) Blomeyer, § 92, III 1. c), S. 486; Thomas/Putzo, § 265, 2. b); Wieczorek, § 265, B I b 1; OLG Rostock, OLGE 2, 350.

2) Für einen solchen Fall hat allerdings der BGH die analoge Anwendung des § 1007 BGB auf Räume bejaht (BGHZ 7, 208 = NJW 1952, 1410).

Eine vergleichbare Sachlage ist gegeben, wenn ein Mieter gegen den Vermieter und Eigentümer gemäß § 536 BGB klagt, die Mietsache in dem für den Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, etwa einer ungebührlichen Lärmbelästigung abzuhelpfen. Auch dieser Anspruch ist obligatorischer Natur. Er wird ebenfalls verdinglicht und zwar durch § 571 BGB, wonach ein Erwerber in die Rechte und Pflichten des Mietverhältnisses eintritt. Folgerichtig hat das RG¹⁾ entschieden, daß das Grundstück in Streit befangen sei und eine Veräußerung gemäß § 265 ZPO auf den Prozeß keinen Einfluß habe. Die quasi-Verdinglichung hat deshalb zur Folge, daß der schuldrechtliche Herausgabeanspruch des Vermieters gegen den Mieter die Mieträume, deren Räumung begehrt wird, streitbefangen macht.

Das entspricht der Tendenz der Lehre²⁾ und Rechtsprechung³⁾, den Begriff "in Streit befangen" weit auszulegen. Besonders Rosenberg⁴⁾ hat sich mit überzeugender Begründung dafür eingesetzt, daß jede Speziessache, auf deren Herausgabe geklagt werde, als streitbefangen angesehen werden müsse ohne Rücksicht, ob eine dingliche oder persönliche Beziehung zu ihr zugrundeliege. Sein Gedankengang ist folgender: Wenn z.B. ein Eigentümer auf Rückgabe der von ihm verliehenen Sache klagt und der Beklagte die Sache während

1) RGZ 102, 177 ff.

2) Baumbach/Lauterbach, § 265, Bem. 1), Pohle, JZ 1956, 122, Anm. zu BGH S. 121.

3) BGH 18, 223 ff. = NJW 1955, 1719 = JZ 1956, 121 = MDR 1956, 157.

4) § 151, II 3 b α.

des Rechtsstreits einem Dritten übereignet hat, so würde gegen ihn als Rechtsnachfolger § 325 ZPO Anwendung finden. Wenn der Beklagte aber die Sache einem Dritten weiter - oder untervermietet oder - verliehen oder in Verwahrung gegeben hat, so würde das Urteil gegen den Dritten zwar wirken, wenn die Verurteilung aus dem Eigentum, nicht aber, wenn sie aus der Leihe erfolgt, da die Sache nur dort, nicht hier "streitbefangen" ist. Ein Grund für diese verschiedene Behandlung offenbar gleichliegender Fälle sei nicht ersichtlich. Da es dem Richter freistehe, ob er aus dem einen oder dem anderen Gesichtspunkt verurteilen solle, so würde die Rechtserstreckung vom Zufall abhängen.

Rosenberg¹⁾ ist zuzugeben, daß ein solches Ergebnis "völlig unverständlich und auf keine Weise zu rechtfertigen" sein würde. Die Ausdehnung des Begriffes "streitbefangen" in dem oben erörterten Sinne ist deshalb geboten.

Die weitere Voraussetzung des § 325 ZPO, nämlich daß die hinzugezogene Ehefrau Rechtsnachfolgerin des Beklagten geworden sein muß, liegt ebenfalls vor. Rechtsnachfolge ist wie in § 265 ZPO jeder Übergang des Streitgegenstandes oder die Erlangung einer minderen Rechtsstellung an ihm. Jeder Nachfolger ins volle oder geminderte Recht des Vorgängers durch Rechtsgeschäft, Gesetz oder Staatsakt muß das Urteil gegen sich gelten lassen. Er erwirbt die Sache sozusagen mit der Rechtshängigkeit und dem zu erwartenden oder schon ergangenen Urteil belastet. Rechtsnachfolger ist auch, wer den Besitz - Allein- oder Mitbesitz, Eigen- oder Fremdbesitz - an der Sache

1) § 151 II. 3. b) α.

erlangt¹⁾. § 325 ZPO fügt überflüssiger Weise²⁾ den Fall hinzu, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist. Das dient nur zur Verdeutlichung, weil im früheren Recht der mittelbare Besitz als unvollständiger oder abgeleiteter Besitz oder Innehabung bezeichnet wurde³⁾. Die Bemühungen Schmidt-Futterers⁴⁾ und des LG Mannheim⁵⁾, (für den Fall des Auszugs des Mannes) zu begründen, warum der Mann den Besitz an der Wohnung der Frau weiterhin vermittele, sind deshalb unnötig.

Die bloße Einräumung des Mitbesitzes nach Rechtshängigkeit durch Aufnahme der Ehefrau in die streitbefangene Wohnung hat zur Folge, daß das rechtskräftige Urteil auch ihr gegenüber wirkt. Dem Kläger ist die Möglichkeit eröffnet, sich gemäß § 727 ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung auch der Frau gegenüber erteilen zu lassen. Eine vergleichbare Sachlage mit denselben Rechtsfolgen ist gegeben, wenn ein Untermieter den Besitz erst nach Rechtshängigkeit erlangt hat⁶⁾.

Zwischenergebnis.

Gemäß den vorangegangenen Erwägungen bringt das Verlangen nach einem Doppeltitel auch für den

1) RGZ 82, 35 (38).

2) Baumbach/Lauterbach, § 325, 2) B; Rosenberg, § 151, II 3 b ; a.A. offenbar Blomeyer, § 92, IV, S. 489.

3) RGZ 82, 35 (38).

4) MDR 1962, 701 r.Sp.

5) NJW 1962, 816 = FamRZ 1963, 297 = MDR 1962, 310 = DGVZ 1963, 104 = Die Justiz 1963, 93.

6) Palandt/Gramm, § 556, Bem. 3).

Fall, daß nur ein Ehegatte Partei des Mietvertrages ist, für alle Beteiligten klare rechtliche Verhältnisse mit sich und hat den Vorteil der Gesetzestreue auf seiner Seite. Die Ergebnisse entsprechen der Billigkeit und werden den wirtschaftlichen und sozialen Interessen aller Beteiligten gerecht. Der Kläger weiß stets, wie er vorzugehen hat und ist während und nach dem Prozeß keinen unerwarteten Überraschungen ausgesetzt. Die Ehefrau, die nicht Partei des Mietvertrages geworden ist, kann sich notfalls selbst zur Wehr setzen und insbesondere Räumungsschutzanträge stellen. Die geringfügigen Nachteile bei Ausnahmetatbeständen fallen nicht ins Gewicht. Ein Widerspruch zu dem Sinn und Zweck des Vollstreckungsrechts ist nicht ersichtlich. Die Ergebnisse sind praktikabel und schaffen eine größtmögliche Rechtssicherheit.

Es bleibt zu erörtern, wie sich die Ehefrau zur Wehr setzen kann, wenn ohne den erforderlichen Titel vollstreckt werden soll.

7) Die Gegenrechte der Ehefrau.

Bedarf es für die Räumungsvollstreckung gegen Eheleute in jedem Fall, also auch, wenn die Ehefrau nicht Partei des Mietvertrages geworden ist, eines Titels gegen beide Eheleute, so fragt es sich abschließend, welche Abwehrmöglichkeiten die Frau hat, wenn ohne den erforderlichen Titel gegen sie vollstreckt werden soll.

Die Ehefrau hat unabhängig von Güterstand und Mietvertrag Mitgewahrsam an der herauszugebenden Wohnung, und zwar einen vollwertigen

Mitgewahrsam, der gemäß § 886 ZPO die Vollstreckung hindert, wenn sie nicht zur freiwilligen Räumung bereit ist. Deshalb kommt für sie in erster Linie der Rechtsbehelf der Erinnerung gemäß § 766 ZPO in Betracht.

Die Erinnerung richtet sich gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, d.h. gegen das Verfahren der Vollstreckungsorgane. Die Vorschriften, die besagen, daß nur in den Alleingewahrsam des Schuldners oder in den Gewahrsam eines zur Herausgabe bereiten Dritten vollstreckt werden darf, §§ 809, 886 ZPO, sind typische Verfahrensvorschriften, die vom Vollstreckungsorgan zu beachten sind. Deshalb eröffnet ein Verstoß gegen die Gewahrsamsvoraussetzungen den Rechtsbehelf der Erinnerung¹⁾. Diesen hat die Ehefrau also stets, und zwar selbstverständlich auch schon bei der Androhung der Räumung durch den Gerichtsvollzieher. Wo eine nachträgliche Entscheidung nicht mehr hilft, kann der Betroffene sich schon vor Beginn der Zwangsvollstreckung wehren²⁾.

Der Rechtsbehelf der Erinnerung steht ihr aber auch aus einem anderen Gesichtspunkte zu. Es gibt keine Vollstreckung gegen den Mann, die sich nicht zugleich auch gegen die in der Wohnung mitlebende Frau auswirkt. Denn zu einer Räumungsvollstreckung gehört nicht nur, daß der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitz setzt. Er muß darüber hinaus alle beweglichen Sachen des Schuldners, die sich in der Wohnung befinden, aus

1) Baumbach/Lauterbach, § 809, B; OLG Dresden, Seuff.Arch. 57, 432; OLG Naumburg, OLGE 25, 177.

2) Baumbach/Lauterbach, § 766, 4); KG, OLGE 37, 193.

dieser herausschaffen und den Gläubiger in den Besitz einweisen (§ 885 Abs. 2 ZPO). Deshalb betrifft die Räumung immer beide Ehegatten. Für die Frau aber wirkt sie sich als zivilprozessuale Zwangsmaßnahme aus, ohne daß ein Titel gegen sie vorliegen würde. Damit ist ein fundamentaler Grundsatz des Vollstreckungsrechts verletzt: keine Zwangsmaßnahmen ohne Titel gegenüber dem oder den Betroffenen (§ 750 ZPO). Jede Zwangsvollstreckung - auch in das unbewegliche Vermögen - setzt nicht nur voraus, daß vor ihrem Beginn eine vollstreckbare Ausfertigung eines Schuldtitels vorgelegt wird, sondern vor allem, daß überhaupt ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt. Sein Vorhandensein ist nicht nur bei der Erteilung der Klausel durch den Urkundsbeamten, sondern auch bei der Durchführung der Vollstreckung vom Vollstreckungsorgan zu beachten. Dieses hat zwar nicht nachzuprüfen, ob die außerhalb der Urkunde liegenden sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Klausel oder deren Umschreibung vorliegen, wohl aber einen aus der Urkunde selbst ersichtlichen Mangel einer Voraussetzung der Vollstreckung, besonders das Fehlen des Titels, zu berücksichtigen. Ist dies unterblieben, so steht dem Betroffenen die Erinnerung zu¹⁾. Auch mit dieser Begründung kann die Ehefrau erfolgreich gegen die angedrohte Räumung vorgehen.

1) Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 766, II. 1.; Baumbach/Lauterbach, § 766, C. "Einzelfälle" unter "Schuldner"; OLG Naumburg, JW 1925, 282 mit Anm. von Schultz; OLG Rostock, OLGE 31, 94; a.A. offenbar Rosenberg, § 182, II. 1.

Fraglich ist, ob sie darüber hinaus mit der Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO erfolgreich durchsetzen kann, daß eine nur aus einem Titel gegen den Ehemann angedrohte Räumungsvollstreckung unterbleibe. Dazu müßte ihr ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehen. Der Mitbesitz als Tatsache kann ihr hierbei also nicht mehr helfen¹⁾, sondern es kommt nunmehr darauf an, welches Recht dem Besitz zugrundeliegt. Um zu entscheiden, ob und wann das Recht zum Besitz ein die Veräußerung hinderndes Recht ist, muß man sich den Sinn dieses Begriffs veranschaulichen und dazu am besten von der Mobiliarvollstreckung ausgehen.

a) Der Besitz als die Veräußerung hinderndes Recht in der Mobiliarvollstreckung.

Bei der Frage, ob der Besitz einem Dritten das Recht geben kann, die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären zu lassen,²⁾ ist bisher nicht klar genug zwischen zwei Sachlagen geschieden worden:

aa) Der Dritte beruft sich auf ein angeblich die Veräußerung hinderndes Recht, daß auf die Einräumung des Besitzes abzielt. Der Schuldner ist Besitzer, der Dritte macht ein Recht a u f Besitz geltend.

bb) Der Dritte beruft sich auf ein angeblich die Veräußerung hin-

1) Pohle ZZP 68, 263, 264.

2) Vgl. hierzu RG, JW 1921, 1246; OLG Königsberg, OLGE 40, 404; Pohle, ZZP 68, 265.

derndes Recht, das mit Besitz verbunden ist. Der Dritte ist bereits Besitzer und interveniert mit einem Recht a u s Besitz.

Ob im Falle aa) der Dritte erfolgreich sein kann, hängt von dem Sinn des § 771 ZPO ab. § 771 ZPO will verhüten, daß sich der Gläubiger aus anderen Gegenständen befriedigt als solchen, die dem Vermögen des Schuldners angehören. Zwar hindert nicht einmal das Eigentum den unmittelbaren Besitzer bzw. Buchbesitzer daran, die Sache bzw. das Grundstück einem gutgläubigen Erwerber rechtswirksam zu veräußern. § 771 ZPO läßt sich aber dahin erfassen, daß die Vorschrift ein Schutz für diejenigen sein soll, die ein Recht an der im Vollstreckungsverfahren betroffenen Sache haben, das sie bei Durchführung der Vollstreckung verlieren würden oder das ihnen zumindest geschmälert werden würde¹⁾. Es muß immer ein Recht an dem Gegenstand sein; nur wer einen unmittelbaren, auf die Sache gerichteten Anspruch hat, soll sich mit Erfolg gegen die Vollstreckung wehren können. Das ergibt auch der Vergleich mit § 43 KO. Deshalb kann nur ein solches Besitzrecht die Drittwiderspruchsklage begründen, vermöge dessen der Berechtigte vom Schuldner die Herausgabe der Sache verlangen kann²⁾ (reddere-Ansprüche). Dagegen kann der bloße Anspruch auf Verschaffung der Sache (tradere-Ansprüche) für die Klage aus § 771 ZPO nicht ausreichen³⁾, da in

1) Rosenberg, § 185, III. 2.; OLG Königsberg, OLGE 40, 404 (405).

2) Pohle, ZZP 68, 265; Rosenberg, § 185, III.

3) RGZ 84, 216.

diesem Fall die Sache auch wirtschaftlich noch zum Vermögen des Schuldners gehört.

Pfändet z.B. der Gläubiger auf Grund eines Zahlungstitels bei seinem Schuldner ein Klavier, das letzterer von einem Dritten, der nicht Eigentümer ist, gemietet hat, so kann der Dritte aus seinem Recht auf Besitz intervenieren. Das gilt für alle obligatorischen Rechte auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Sache. Es entscheidet das rechtliche Dürfen und nicht das rechtliche Können. Ebensowenig wie der Schuldner eine ihm von einem Dritten anvertraute Sache verpfänden oder sonstwie veräußern darf, kann es der Staat zugunsten des Gläubigers tun. Auftraggeber, Verpächter, Verleiher, Hinterleger, Verpfänder, Vermieter sind daher aus ihrem Recht auf Besitz berechtigt, gegen die bei dem unmittelbaren Besitzer erfolgte Pfändung Widerspruch zu erheben¹⁾.

Der Sachlage unter bb) kommt auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen deshalb kaum nennenswerte praktische Bedeutung zu, weil dem Eingriff in den unmittelbaren Besitz stets mit der Erinnerung des § 766 ZPO begegnet werden kann. Die zu klärende Frage beschränkt sich praktisch darauf, ob statt der Erinnerung namentlich bei Herausgabeansprüchen auch die Klage aus § 771 ZPO erfolgreich ist. Das hängt wiederum von der materiellen Rechtslage ab, welches Besitzrecht dem tatsächlichen Besitz zu-

1) Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 771, II, 1., c).

grundeliegt. Der Besitz als Tatsache genügt nicht¹⁾. Dabei wird man zwischen der Herausgabevollstreckung und der Vollstreckung wegen Geldforderungen unterscheiden müssen.

Bei der Herausgabevollstreckung wegen eines Individualanspruchs auf eine einzelne Sache kann ein Dritter auf Grund eines Rechtes aus Besitz nur dann erfolgreich intervenieren, wenn er ein besseres Recht hat als der Gläubiger. Das bedeutet, daß er entweder ein Recht haben muß, das ihn gegenüber jedermann zum Besitz berechtigt, oder ein solches, das ihn jedenfalls gegenüber dem Gläubiger zum Besitz berechtigt. Hat z.B. der Student S sein Klavier an G verkauft und kurz danach das Instrument an den mit ihm die gleichen Räume bewohnenden Musikstudenten M zur täglichen Mitbenutzung zu einem monatlichen Entgelt vermietet, kann M gegenüber der Vollstreckung aus einem Urteil auf Lieferung nicht intervenieren, weil sein Recht zum Mitbesitz nur dem S gegenüber wirksam ist. Anders wäre es bei einem Pfandrecht, anders auch, wenn G der Vermietung zugestimmt hätte, weil S dann auch dem vollstreckenden G gegenüber zum Besitz berechtigt wäre.

Für den Fall der Pfändung wegen Geldforderungen hat Pohle²⁾ die zutreffende Abgrenzung gegeben, wann ein Dritter, der im Besitz der Sache ist, erfolgreich intervenieren kann. Aus dem Vergleich zu den §§ 846, 847 ZPO kommt er zu folgender Lösung: Soweit und solange ein Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Herausgabe oder

1) Thomas/Putzo, § 771, 6. f).

2) ZZP 68, 265/266.

Leistung der Sache nicht gegeben ist, kann der Gläubiger einen solchen Anspruch auch nicht pfänden lassen. Das ist nicht nur der Fall, wenn ein derartiger Anspruch überhaupt nicht besteht. Es genügt schon, daß er nicht fällig, aufschiebend bedingt oder mit einer Einrede behaftet ist. Könnte nun der Gläubiger auf dem richtigen Weg der §§ 846, 847 ZPO nicht zu seinem Ziel kommen, so darf er es erst recht nicht durch Pfändung unter Verletzung der Gewahrsamsvorschriften. Hierbei wäre es wenig folgerichtig, wenn der Dritte bei einer groben unmittelbaren Verletzung seines Besitzrechts auf die Rechtsbehelfe des Vollstreckungsrechts - Erinnerung mit anschließendem Beschwerdeverfahren - verwiesen wäre und nicht auch die Drittwiderspruchsklage zur Verfügung hätte. Bei einem verfahrensrechtlich ordnungsgemäßen Vorgehen des Gläubigers wäre er ebenfalls in dem Vorteil, sich der Klage auf Herausgabe an den Gerichtsvollzieher im Urteilsverfahren mit seiner obligatorischen mündlichen Verhandlung und den weiteren Rechtsgarantien erwehren zu können. Deshalb ist für die Zahlungsvollstreckung der Besitz des Dritten ein die Veräußerung hinderndes Recht, soweit und solange der Schuldner keinen Anspruch gegen den Dritten auf Herausgabe oder Leistung hat.

- b) Der Mitbesitz als ein die Veräußerung hinderndes Recht bei der Räumungsvollstreckung.

Die vorangegangenen Ausführungen lösen auch die Frage, ob die Ehefrau aus ihrem Mitbesitz er-

folgreich intervenieren kann. Hier kommt es darauf an, ob sie Mitmieterin der Wohnung ist oder nicht. Denn wenn sie selbst Partei des Mietvertrages geworden ist und ohne Titel gegen sie vollstreckt werden soll, hat sie ein vom vollstreckenden Gläubiger selbst abgeleitetes Besitzrecht. Das berechtigt schon deshalb zur Interventionsklage, weil sie, wenn sie selbst auf Herausgabe in Anspruch genommen würde, ihr Recht zum Besitz im Wege des § 986 BGB einwenden könnte. Das trifft jedenfalls solange zu, als ihr bei frei kündbaren Wohnungen nicht gekündigt worden ist oder im Geltungsbereich des MSchG der Aufhebungsantrag nur gegen den Mann gerichtet war.

Wann nun die Ehefrau als Mitmieterin der Wohnung anzusehen ist, kann gelegentlich zweifelhaft sein.

In den Mietvertragformularen, die die Hausbesitzerverbände an ihre Mitglieder herausgeben, ist regelmäßig bei verheirateten Vermietern außer der Unterschrift des Vermieters und des mietenden Ehemannes auch die Unterschrift der Ehefrau vorgesehen. Ebenso ist es bei dem noch oft gebrauchten Formular des Deutschen Einheitsmietvertrages, das seinerzeit gemeinsam von den Spitzenverbänden der Hausbesitzer und der Mieter unter Führung des ehemaligen Reichsjustizministers herausgegeben wurde. In diesen Fällen werden also beide Ehegatten Parteien des schriftlichen Mietvertrages sein oder es wird sich beim Fehlen eines schriftlichen Mietvertrages aus den Umständen ergeben, daß der Vermieter an beide Eheleute gemeinschaftlich vermietet hat.

Zuweilen wird allerdings bei Unterzeichnung des Mietvertrages sowohl durch den Ehemann als auch durch die Ehefrau angenommen, daß die

Ehefrau lediglich eine Haftung für die Mietzahlung übernehmen und ihre in die Mietwohnung eingebrachten Sachen dem Vermieterpfandrecht unterwerfen wolle¹⁾. Wann das der Fall ist, könne sich nur aus einer eingehenden Auslegung der Vertragsurkunde und den Umständen des Einzelfalles ergeben.²⁾

Diese Ansicht entspricht aber ebensowenig den modernen Rechtsanschauungen wie die, daß in der Mitunterzeichnung ein akzessorisches, in Bestand und Dauer ohne weiteres an das ehemännliche Mietverhältnis geknüpftes Mietverhältnis der Frau zu erblicken sei³⁾. Im Zeichen der Gleichberechtigung ist bei Mitunterzeichnung der Frau stets davon auszugehen, daß sie Mitmieterin mit gleichen Rechten und Pflichten wie der Mann wird⁴⁾. Deshalb ist auch nur eine von beiden Eheleuten erklärte Kündigung wirksam, was in den Mietverträgen allerdings häufig vertraglich abbedungen ist. Wird der Name der Ehefrau nur im Kopf des Mietvertrages aufgeführt und unterschreibt allein der Ehemann, so wird sie ebenfalls Vertragspartei, weil der Ehemann als ausdrücklich oder stillschweigend Bevollmächtigter anzusehen ist⁵⁾. Spätestens ist in dem vorbehaltlosen Einzug die Genehmigung der Ehefrau zu sehen. Diese Beurteilung schafft klare Rechtsverhältnisse. Sie wird der heutigen

1) Staudinger/Kiefersauer, § 535, Randn. 8 und 94; Enneccerus/Lehmann, § 127, III; OLG Celle OLGE 33, 316.

2) Schmidt-Futterer, MDR 1962, 700 r.Sp.

3) Schmidt-Futterer, a.a.O.; KG OLGE 17, 6.

4) Weimar, ZMR 1953, 299; Brühl, FamRZ 1954, 210 r.Sp.

5) Brühl, a.a.O., 210/211.

Verkehrsauffassung gerecht, daß in der Regel beide Ehegatten einen Mietvertrag abschließen und unterschreiben.

Daneben gibt es auch Fälle, in denen nur ein Ehegatte Partei des Mietvertrages ist und der andere die Ehewohnung im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft mitbenutzt. Das kann so liegen, daß der Vermieter von vornherein auf die Unterschrift der Ehefrau verzichtet hat¹⁾ oder nicht wußte, daß der Mann verheiratet ist; es kann auch sein, daß der Mieter erst später geheiratet und seinen Ehepartner in die Wohnung aufgenommen hat.

Steht somit fest, in welchen Fällen die Ehefrau als Mitmieterin anzusehen ist, so ergibt sich aus dem Vorgenannten, daß sie bei dieser Rechtslage gegenüber einem nur den Mann bezeichnenden Titel die Verletzung ihres Mitbesitzes sowohl im Wege der Erinnerung, § 766 ZPO, als auch im Wege der Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO, geltend machen kann²⁾. Beide Wege laufen parallel; der Verfahrensverstoß im Sinne des § 766 ZPO und das die Veräußerung hindernde

1) Häufig bei Dienstwohnungen.

2) OLG Hamm, NJW 1956, 1681 = FamRZ, 53 = Rpfleger 1956, 345 = JMB1NRW 1956, 112 und OLG Hamburg, NJW 1952, 550 = DGVZ 1952, 95 geben zu Unrecht nur die Drittwiderspruchsklage. Das versteht sich wohl noch aus der alten Auffassung, daß die Ehefrau in keinem Fall einen vollstreckungsrechtlichen erheblichen Gewahrsam wie ein Dritter an der Wohnung haben kann, solange sie mit ihrem Mann zusammenlebt. Richtig LG Braunschweig, FamRZ 1954, 258 = NdsRpflge 1954, 183; OLG Köln, NJW 1954, 1895 = FamRZ 1955, 46; Bufo, NJW 1952, 1061.

materielle Recht im Sinne des § 771 ZPO liegen auf verschiedenen Ebenen, die nach Belieben beschriftet werden können, weil § 766 ZPO das Verfahren und § 771 ZPO das materielle Recht betreffen¹⁾. Etwas anderes gilt für den mittelbaren Besitzer; ihm steht nur der Klageweg nach § 771 ZPO zu²⁾.

Fraglich ist es, ob die Ehefrau auch dann, wenn sie die Wohnung mitbesitzt, ohne Partei des Mietvertrages geworden zu sein, bei einer Räumungsvollstreckung ohne Titel gegen sie über den ihr stets zustehenden Rechtsbehelf der Erinnerung hinaus die Drittwiderspruchsklage erheben kann. Das hängt entsprechend den vorangegangenen Erwägungen unter a) davon ab, welches Recht ihrem Mitbesitz zugrundeliegt, woher es sich ableitet. Denn nur ein auch dem Gläubiger gegenüber zum Besitz berechtigendes Recht könnte ihm entgegengehalten werden, nicht ein bloß dem Ehemann gegenüber wirkendes.

Bei der Frage nach der rechtlichen Grundlage des ehelichen Mitbesitzes lassen sich drei verschiedene Auffassungen feststellen. Erstens die schon erörterte Ansicht des BGH³⁾, auch wenn keine besondere Vereinbarung der Ehegatten vorliegt, sei mit Rücksicht auf die gegenseitige Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft der stillschweigende Abschluß eines Gebrauchsüberlassungsvertrages nach

1) RGZ 55, 207 (208); 69, 85 (93); 108, 260 (262); Rosenberg, § 185, III, 1, c), S. 972; Baumbach/Lauterbach, § 766, 2) c.

2) BGHZ 2, 164 (168).

3) BGHZ 12, 399 ff.

Art einer Leihe anzunehmen, soweit nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigten. Mit dieser Begründung hat der BGH jedoch nirgends Zustimmung gefunden¹⁾.

Eine zweite Ansicht sieht in dem gegenseitigen Unterhaltsanspruch der Ehegatten die Grundlage des Besitzrechts²⁾. Nach dem Unterhaltsanspruch bemesse sich, welche Ansprüche die Eheleute gegeneinander auf Bereitstellung des materiellen Lebensbedarfs hätten. Zu diesem Lebensbedarf gehörten außer den Mitteln zur Deckung des laufenden Bedarfs auch Wohnung und Hausrat. Die Ehegatten hätten sich auf Grund ihrer gegenseitigen Unterhaltungspflicht die Mitbenutzung von Hausrat und Ehwohnung zu gestatten und sich Mitbesitz an diesen Gegenständen einzuräumen.

Als herrschend kann diejenige Meinung bezeichnet werden, die die Besitzberechtigung unmittelbar aus der Pflicht der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft ableitet³⁾.

Der allein auf dem ehelichen Zusammenleben basierende Mitbesitz ist überzeugend nur mit den spezifisch ehe- und familienrechtlichen Normen zu belegen. Für die Frage nach der Zulässigkeit der Drittwiderspruchsklage aus dem bloßen ehelichen Mitbesitz erübrigt sich ein weiteres Eingehen in die Problematik der Besitzberechtigung unter Ehegatten. Allen Ansichten ist gemein, daß

1) Zur Kritik vgl. S. 44, Fußn. 4.

2) Kremer, Besitz und Besitzberechtigung, S. 73, 88 ff.; Pohle ZZP 68, 267.

3) Bosch, FamRZ 1957, 194; Beitzke, Lehrbuch, § 11, III, s. g), S. 49; Gernhuber insoweit, als sie über das vom Unterhaltsrecht geforderte Maß hinausgeht, Lehrbuch, § 18, III, 5, S. 153; ders., FamRZ 1959, 469, 471, Fußn. 56 mit weiteren Nachweisen; Staudinger/Hübner, § 1353, Randn. 21 und 23; Dölle, § 33, I, 4., S. 394; Erle, S. 81 ff. (86).

es sich nicht um einen eigenständigen, sondern nur um einen akzessorischen, von dem Besitz des anderen Ehegatten abhängigen Mitbesitz handelt. Die Ehefrau, die nicht Mitmieterin der Wohnung ist, hat deshalb weder ein Besitzrecht, das sie dem Vermieter gegenüber zum Besitz berechtigt, noch ein solches, das sie ihrem Mann gegenüber unabhängig von dessen eigenem Besitzstand geltend machen kann. Ein solches Besitzrecht hat bei Zugrundelegung der oben gefundenen Maßstäbe nicht die Qualität, eine Interventionsklage zu begründen. Deshalb ist die Ehefrau, die nicht Partei des Mietvertrages geworden ist, für den Fall, daß aus einem Titel gegen ihren Mann vollstreckt wird, auf das Erinnerungsverfahren des § 766 ZPO beschränkt.

Insgesamt zeigt die hier vertretene Auffassung über den vollstreckungsrechtlich stets erheblichen Mitgewahrsam der Ehefrau an der gemeinsam benutzten Wohnung auch bei der Erörterung der Gegenrechte den Vorteil, daß die summarische Erinnerungsinstanz in keinem Fall auf die gelegentlich zweifelhafte Frage der Berechtigung aus dem Mietvertrag einzugehen braucht¹⁾.

Zusammenfassung - Ergebnis.

Auf dem Gebiet der Räumungsvollstreckung gegen Eheleute ergibt sich demnach folgendes Bild:

1) Vgl. hierzu auch die Bedenken des LG Düsseldorf, MDR 1962, 995, r.Sp. a.E.

Die Besitzverhältnisse der Ehegatten an einer gemeinsam benutzten Mietwohnung bestimmen sich unabhängig vom Mietvertrag und vom Güterstand der Eheleute. Da beide Ehegatten eine tatsächliche und gewollte Sachherrschaft an den Wohnräumen ausüben, liegt in aller Regel Mitbesitz vor. Dieser Mitbesitz entspricht dem vollstreckungsrechtlichen Mitgewahrsam im Sinne der ZPO. Für die Räumungsvollstreckung besteht keine Veranlassung, den ehelichen Mitgewahrsam anders als sonstigen Drittgewahrsam zu behandeln. Alle Versuche, mit Hilfe von Erörterungen über einen abgeschwächten, aus der ehelichen Lebensgemeinschaft abgeleiteten Mitbesitz Abstriche an seiner Vollwertigkeit im Vollstreckungsverfahren zu machen, gehen fehl. Der Mitgewahrsam stellt deshalb ein Vollstreckungshindernis im Sinne des § 886 ZPO dar, wenn aus einem Titel allein gegen den Ehemann die Wohnung zwangsweise geräumt werden soll. § 739 n.F. ZPO ist nicht als Argument dafür heranzuziehen, daß die Zwangsvollstreckung gegen Eheleute allgemein nicht erschwert werden soll. Er beweist vielmehr, daß der eheliche Mitgewahrsam bei beweglichen Sachen anderenfalls die Zwangsvollstreckung nach den starren Regeln des Vollstreckungsrechts, hier § 809 ZPO, hindern würde. § 739 n.F. ZPO erstreckt sich nur auf bewegliche Sachen. Eine entsprechende Bestimmung für die Räumungsvollstreckung fehlt. Deshalb hindert der eheliche Mitgewahrsam die Vollstreckung, solange kein Doppeltitel vorliegt. Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint es nicht einmal notwendig, den gegenwärtigen Rechtszustand de lege ferenda zu ändern. Jedenfalls verstößt eine Berufung auf die formalen Erfordernisse einer ord-

nungsgemäßen Zwangsvollstreckung nicht gegen Treu und Glauben. Zudem wird die Vollstreckung für den Gläubiger durch die hier vertretene Ansicht nicht erschwert. Der Gläubiger hat einen Anspruch aus den §§ 556 Abs. 3, 985 BGB, auch die Ehefrau, die nicht Partei des Mietvertrages geworden ist, zur Herausgabe und Räumung verurteilen zu lassen. Für letztere ergibt sich der Vorteil, sich notfalls selbständig zur Wehr setzen zu können, insbesondere Räumungsschutzanträge zu stellen. Die Rechtssicherheit wird durch die einfache und klare Gestaltung gefördert. Die Problematik des Rechtsschutzbedürfnisses fällt weg, da der Kläger stets einen Doppeltitel¹⁾ benötigt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn einer der Ehegatten vor Erhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft ausgezogen ist. Geschieht das nach Klageerhebung, kommt die Erledigung der Hauptsache nach den allgemeinen Regeln in Betracht. Für den Fall, daß der Mieter nach Klageerhebung heiratet und seinen Ehegatten in die Wohnung aufnimmt, hat der Kläger die Möglichkeit, den Titel gegen den hinzugezogenen Ehegatten gemäß den §§ 325, 727 ZPO umschreiben zu lassen. Alle weiteren bisherigen Probleme über eine zwischenzeitliche Trennung entfallen.

1) Das Erfordernis des Doppeltitels verlangen u.a. auch Weimar, ZMR 1953, 300 r.Sp.; Bosch, Rpfleger, 1954, 79 l.Sp.; Brühl, FamRZ 1954, 210; Staudinger/Kiefersauer, Vorbem. vor § 535, Randn. 310; Soergel/Siebert/Vogel, § 1362, Randn. 23; Lent, § 26, IV, S. 79; Bruns, § 9, I, 2, b.), S. 40; Schumacher, DGVZ 1963, 150/153 r.Sp. a.E.; Rheinspitz NJW 1962, 1402.

Für den Fall, daß der Vermieter lediglich auf Grund eines Titels gegen den Mann die Räumungsvollstreckung betreiben will, hat die Ehefrau, falls sie Mitmieterin ist, wahlweise den Rechtsbehelf der Erinnerung, § 766 ZPO, oder die Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO. Wenn sie ohne eigene Mietberechtigung nur auf Grund der ehelichen Lebensgemeinschaft mitbesitzt, steht ihr nur der Rechtsbehelf aus § 766 ZPO zur Verfügung.

L e b e n s l a u f

Am 26. Februar 1936 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Hans-Egon Dreyer und seiner Ehefrau Edith geb. Zekai in Berlin geboren. Mit Ausnahme kurzfristiger Evakuierungen während der Kriegswirren nach Berlinchen in der Neumark, Wettmar bei Hannover und Rietberg bei Gütersloh verbrachte ich mein ganzes Leben in meiner Geburtsstadt. Vor dem Arndt-Gymnasium in Berlin-Dahlem bestand ich 1955 die Reifeprüfung. Es schloß sich ein achtsemestriges juristisches Studium an, wovon ich sieben Semester an der Freien Universität Berlin und ein Semester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau absolvierte. Am 29. Juni 1960 bestand ich das erste juristische Staatsexamen in Berlin. Vom 20. Februar 1961 bis zum 20. August 1964 war ich im Vorbereitungsdienst tätig. In diesen Zeitraum fällt eine Studienreise mit dem Verband Berliner Gerichtsreferendare e.V. in die Vereinigten Staaten von Amerika, sowie ein dreimonatiger Aufenthalt bei der Deutsch-Italienischen Handelskammer in Rom während der freien Station. Am 29. April 1964 schloß ich mit der Tochter Angelika des Bundesrichters Dr. Werner Holschemacher die Ehe. Vor dem Justizprüfungsamt in Berlin bestand ich am 22. Dezember 1964 die große juristische Staatsprüfung.

